

Tilburg University

Structuur, praktijk en theorie van rechtsvergelijkend onderzoek

Adams, Maurice

Published in:
Tijdschrift voor Privaatrecht

Publication date:
2018

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M. (2018). Structuur, praktijk en theorie van rechtsvergelijkend onderzoek. *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 55(3), 889-968.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

STRUCTUUR, PRAKTIJK EN THEORIE VAN RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

Maurice ADAMS*
Gewoon hoogleraar
Universiteit van Tilburg

In dit artikel worden de stappen die meestal worden gezet in rechtsvergelijkend onderzoek, geïdentificeerd en geanalyseerd. Naar aanleiding daarvan komen een aantal specifieke methodische vragen en uitdagingen aan de orde. Hoe formuleer je een onderzoeksvraag? Welke rechtssystemen wil je in je vergelijking betrekken? Wanneer is er sprake van vergelijkbaarheid, en wat is daarbij de rol van het *tertium comparationis*? Waarin verschilt het bestuderen van buitenlands recht van daadwerkelijk vergelijken? Wat is de betekenis van neutraliteit bij rechtsvergelijkend onderzoek? Op basis van welke terminologie doe je juist verslag over je onderzoeksbevindingen, en wat toont dat over de specifieke aard van de rechtsvergelijking? Welke opvattingen over rechtsbronnen doet dit alles rijzen? Wat betekent interdisciplinariteit in dezen? Bij het behandelen van deze vragen wordt de rechtsvergelijkende theorie verbonden met concrete voorbeelden. De verwachting daarbij is dat de wisselwerking tussen structuur, praktijk en theorie, inzicht in het verrichten van rechtsvergelijkend onderzoek kan bevorderen.

* m.adams@tilburguniversity.edu Dit artikel werd geschreven in het kader van de TPR-Wisselleerstoel, die ik tijdens het voorjaar van 2018 aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Stellenbosch (Zuid-Afrika) mocht opnemen. Het is tevens het resultaat van veelvuldige gesprekken met collega M.E. Storme (KU Leuven en Universiteit Antwerpen), vooral in de context van het vak *Comparative law* dat we gezamenlijk doceerden in de *Research Master in Law* (KU Leuven - Universiteit van Tilburg). Dank aan de studenten die het vermelde vak volgden; ze stelden nogal wat vragen die me aanspoorden tot nadere gedachtevorming. Van een aantal collega's heb ik commentaar op een eerdere versie van dit artikel mogen ontvangen. Ik vermeld hier in het bijzonder Jacco Bomhoff (LSE); Mark Van Hoecke (University of London (Queen Mary) en Universiteit Gent); Marieke Oderkerk (Universiteit van Amsterdam) en Jacques du Plessis (Stellenbosch). Tevens een woord van dank aan Paul van Seters (Tilburg), die de tekst met havigsogen doornam. De definitieve versie van dit artikel werd ingeleverd op 30 oktober 2018.

INHOUD

- I. INLEIDING: EEN JURIDISCHE BENADERING (1-9)
- II. WAT RECHTVAARDIGT DE RECHTSVERGELIJKING ALS ZELFSTANDIGE DISCIPLINE? (10-14)
- III. EEN ONDERZOEKSOPZET IN NEGEN STAPPEN (15-16)
 - A. *Identificeren van het onderzoeksonderwerp* (17)
 - B. *Formuleren van de onderzoeksvraag* (18-19)
 - § 1. De functionele methode à la Zweigert en Kötz (20-28)
 - § 2. Vermijden van vooringenomenheid en tunnelvisie (29-34)
 - § 3. De *factual method* en *legal formants* 35-40)
 - C. *Vergelijkbaarheid en de keuze voor stelsels of casus* (41)
 - § 1. Het *tertium comparationis* en de mogelijkheid van vergelijking (42-43)
 - § 2. Onderzoeksdoel en casus: enkele voorbeelden (44-50)
 - § 3. Verschillen én overeenkomsten (51-52)
 - D. *Opstellen van nadere vergelijkingscategorieën* (53-56)
 - E. *Identificeren van de rechtsregels* (57-58)
 - F. *Beschrijven van de geïdentificeerde rechtsregels* (59-66)
 - G. *Vergelijken* (67-70)
 - § 1. Het deelnemersperspectief (71-73)
 - § 2. Een voorbeeld (74-85)
 - § 3. Daadwerkelijk vergelijken en het perspectief van de buitenstaander (86-89)
 - § 4. De organisatie en presentatie van het onderzoek (90-93)
 - H. *Verklaren van verschillen en overeenkomsten, in het licht van een daarop toegespitste onderzoeksvraag* (94-108)
 - I. *Evalueren* (109-113)
- IV. NOG ENKELE KWESTIES (114)
 - A. *Taal van beschrijving en de specifieke aard van de rechtsvergelijking* (115-123)
 - B. *Bronnen van het recht* (124-131)
 - C. *Verschijningsvormen van interdisciplinariteit* (132-142)
- V. TOT BESLUIT (143)

“Wie één samenleving kent, kent geen samenleving”¹.

I. INLEIDING: EEN JURIDISCHE BENADERING

1. Wie rechtsvergelijkend onderzoek wil verrichten en zich verdiept in de literatuur waarin daarvoor aanknopingspunten worden geboden, voelt zich al snel gevangen tussen twee stromingen. Zo zijn er diegenen die stellen dat *“attempts to develop even a moderately sophisticated method of comparison”* erg zeldzaam zijn, en dat de meeste onderzoeksprojecten een *“anything goes”* houding aannemen². Blijkbaar doet men maar wat. Anderen beweren dat als je rechtsvergelijkend onderzoek goed wil doen, *“[it] is either impossible or so fraught with difficulty that it is not worth the effort it requires”*³. Rechtsvergelijkers, zo lijkt het, maken zich over de onderzoeksmethode niet al te druk, maar moeten desondanks naar onbereikbare hoogten reiken⁴.

2. Wanneer je echter afgaat op wat er de laatste decennia aan hoogstaand rechtsvergelijkend onderzoek is verschenen, dan krijg je de indruk dat beide stromingen niet het hele verhaal vertellen, en er misschien ook gewoon naast zitten. Als het immers niet onmogelijk blijkt om goed rechtsvergelijkend onderzoek te doen, dan kan het niet anders dan dat er in ieder geval een minimum aan hanteerbaar, methodisch referentiekader aanwezig is.

3. Vervolgens komt evenwel een andere observatie in het vizier: veel van het methodische materiaal dat voorhanden is, blijft op het niveau van de theorievorming steken en blijkt slechts beperkt praktisch relevant⁵. Hier lijkt

¹ Deze uitspraak wordt aan velen toegeschreven. De cultureel-antropoloog André Köbben haalt J.J. Fahrenfort als de geestelijke vader ervan aan: A. KÖBBEN, “De vergelijkend-functionele methode in de volkenkunde”, in A. Köbben, *Van primitieven tot medeburgers* (Assen: Van Gorcum 1964), 24.

² M. REIMANN, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, 50 *American Journal of Comparative Law* 2002, 685-695 (met verdere verwijzingen; deze kritiek bestaat overigens al decennia). Vgl. T.P. VAN REENEN, “Philosophical Underpinnings of Modern Comparative Legal Methodology”, 7 *Stellenbosch Law Review* 1996, 37-38.

³ Vgl. J. HENDRY, “Contemporary Comparative Law: Between Theory and Practice”, 9 *German Law Journal* 2008, 2262.

⁴ M. ADAMS en J.A. BOMHOFF, “Comparing Law: Practice and Theory”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2012), 1. Vgl. K. LEMMENS, “Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 302-325.

⁵ Dat laatste geldt ook voor mijn eigen publicaties op dit terrein, waar ik in dit artikel mede op voortbouw. Natuurlijk zijn er uitzonderingen (hoewel die in doelstelling wel verschillen van dit artikel). Ik vermeld D. PIETERS, *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa* (preadvis ten behoeve van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking) (Deventer:

winst te boeken, en het belangrijkste oogmerk van dit artikel is om, voornamelijk in paragraaf III, een handleiding te bieden voor het daadwerkelijk – ‘hands on’ als het ware – verrichten van rechtsvergelijkend onderzoek. Ik doe dat onder meer door middel van het opzetten van een onderzoeksstructuur of -opzet in de vorm van een stappenplan.

4. Binnen de context daarvan komen ook meer specifieke methodische vragen en uitdagingen aan de orde. Hoe formuleer je een onderzoeksvraag? Welke rechtssystemen wil je in je vergelijking betrekken? Wanneer is er sprake van vergelijkbaarheid, en wat is daarbij de rol van het *tertium comparationis*? Waarin verschilt het bestuderen van buitenlands recht van daadwerkelijk vergelijken? Wat is de betekenis van neutraliteit bij rechtsvergelijkend onderzoek? Op basis van welke terminologie doe je juist verslag over je onderzoeksbevindingen, en wat toont dat over de specifieke aard van de rechtsvergelijking? Welke opvattingen over rechtsbronnen doet dit alles rijzen? Wat betekent interdisciplinariteit in dezen? Bij het behandelen van deze vragen probeer ik de rechtsvergelijkende theorie met concrete voorbeelden te verbinden, in de verwachting dat de wisselwerking daartussen inzicht in het verrichten van rechtsvergelijkend onderzoek kan bevorderen.

5. De benadering die ik in dit artikel op de voorgrond plaats noem ik juridisch. Dat lijkt vanzelfsprekend – we zijn toch juristen, en we hebben het toch over *rechtsvergelijking*? – maar dat is het niet. Vandaar wat toelichting, en wellicht is het daarbij behulpzaam om eerst te zeggen wat ik er *niet* onder versta. Het gaat namelijk niet om een *bepaald type* van juridisch-dogmatisch of doctrinair onderzoek, dat wil zeggen het type onderzoek waarbij vooral de bestaande tekst van het recht, zoals tot uiting komend in wetgeving en rechtspraak, tot uitgangspunt wordt genomen, en waarbij leerstellige vragen alsmede de zoektocht naar juridische coherentie en systematiek op een onkritische want zichzelf legitimerende wijze centraal staan. Geoffrey Samuel heeft dat ooit het

Kluwer 1992), 79 p.; J.C. REITZ, “How to Do Comparative Law”, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 617-636; M. VAN HOECKE, “Deep Level Comparative Law”, in M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing 2004), 165-195; V.V. PALMER, “From Lerrotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology”, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 261-290; E. Örüü, “Methodology of Comparative Law”, in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar 2006), 442-454; J. HUSA, “Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility”Flexibility’, 58 *Revue Internationale de Droit Comparé* 2006, 1095-1117; M. ODERKERK, “The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research: Sense and Nonsense of Methodological Pluralism in Comparative Law”, 97 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2015, 590-623; M. VAN HOECKE, “Methodology of Comparative Legal Research”, 5 *Law and Method* 2015, 1-35; en G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oxford: Hart Publishing 2014), 210 p. (deze laatste monografie zet stevig in op epistemologische vragen).

“*authority paradigm*” genoemd⁶. en het resultaat ervan is dat de onvermijdelijk normatieve en andere vragen die over het recht kunnen worden gesteld, tijdens het onderzoek maar in beperkte mate, of zelfs helemaal niet, herkend worden. En het systeem van het recht zelf – of wat daar op een zeker moment als vigerend voor lijkt door te gaan – staat nauwelijks ter discussie, want dat vormt per slot van rekening het uitgangspunt van de juridische analyse. Hoogstens kan dat systeem, als gevolg van meestal incidentele veranderingen in het recht, wat verder worden verfijnd, maar dan altijd op grond van de kaders die door dat systeem zelf worden gezet⁷.

6. Waar het me wel om te doen is, is het type van vergelijkend onderzoek waarin zowel de vraag naar ‘wat is – of: hoe luidt – het recht?’⁸, als verklarende of evaluerende invalshoeken aan de orde komen: *waarom* is dat recht of die juridische institutie zoals het is, en wat vinden we ervan? Focus daarbij zijn vooral regels en instituties in die rechtssystemen of -systemen die we ‘westers’ zouden kunnen noemen, die zich althans kenmerken door wat we alhier formaliteit noemen⁹. Maar zeker het laatst vermelde type van vragen (“*waarom* etc.”) vereist een onderzoeksbenadering waarbij tevens een beroep wordt gedaan op kennis uit andere disciplines¹⁰. Als je bijvoorbeeld niet alleen wil weten op

⁶ G. SAMUEL, “Is Law Really a Social Science? A View from Comparative Law”, 67 *Cambridge Law Journal* 2008, 288. Zo ook reeds Otto Kahn-Freund, die in de jaren zestig van de vorige eeuw al zei dat “[o]nce you have lost the ability or willingness to see law as a series of ‘authorities,’ once you have moved out of a world in which a piece of judicial reasoning is the ultimate explanation of why the law is what it is, you also acquire certain opinions on what comparative law could and should do.” O. KAHN-FREUND, “Comparative Law as an Academic Subject”, 82 *Law Quarterly Review* 1966, 43.

⁷ Diegenen die hier nu hebben gelezen dat ik doctrinair onderzoek niet belangrijk of interessant zou vinden, vergissen zich: kennis van wat als het geldende recht doorgaat, gaat voor mij noodzakelijk aan andere vragen over het recht, zoals die in de volgende paragraaf gesteld, vooraf. Lees in dit verband recent, via een exploratie en problematisering van het begrip ‘heersende leer’, tevens: M. SNEL en J. VRANKEN, “Het begrip ‘heersende leer’ in het privaatrecht. Een korte verkenning”, *Ars Aequi* 2018, 748-753.

⁸ Maar dan dus op een wijze die de in het vorige randnummer vermelde benadering overstijgt. Dat wil voor mij zeggen: een wijze die zich kritisch tot de eigen uitgangspunten weet te verhouden.

⁹ In het betrekken van die formaliteit – die voor mij de kern van de eigenheid van het recht vormt – verschilt de rechtsvergelijking dan ook van, bijvoorbeeld, vergelijkende politiek, literatuur of antropologie. Zie ook J.A. BOMHOFF, “Comparing Legal Argument”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 74-95. Voor wat betreft de algemene kenmerken van die formaliteit is nog altijd het werk van H.L.A. Hart leidend, die een structuur van primaire en secundaire regels identificeerde, die uiteindelijk steunen op de aanvaarding van wat Hart een *ultimate rule of recognition* heeft genoemd. H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 1961). Uiteraard zijn er lokale variaties op een dergelijke structuur mogelijk, en kan ook per jurisdictie verschillen hoe die formele kenmerken in concrete casus doorwegen. Zie hierover bijvoorbeeld de theorie van de *legal formants* van Rodolfo Sacco, die kort in de randnummers 38-39 aan de orde komt.

¹⁰ Vgl. tevens een vrij onzichtbaar maar belangrijk artikel over deze verklarende benaderingswijze, door J.H. MERRYMAN, “Comparative Law and Scientific Explanation”, in J.N.

welke wijze verschillende landen grondwettigheidstoetsing door de rechter op een bepaalde wijze juridisch vormgeven, maar ook verklaringen zoekt voor de geconstateerde verschillen en overeenkomsten, dan zal je onder meer moeten steunen op inzichten uit de politieke wetenschappen¹¹. En als je niet alleen wil weten wat het recht met betrekking tot schenkingen is in een aantal Europese rechtssystemen en de Verenigde Staten, maar ook belangstelling hebt voor hoe dit recht is ingebed in een daaraan voorafgaande sociale praktijk, dan zal je tevens het sociologisch en ander onderzoek hierover enige ruimte moeten geven in je onderzoek¹². En de vergelijkende invalshoek, die in dit geval uiteraard vooral toeziet op een verklaring voor verschillen en overeenkomsten, kan dan tot nadere kennis hierover leiden, en theorievorming testen en verdiepen.

7. Uit deze omschrijvingen blijkt al dat ik een bepaalde opvatting heb over interdisciplinariteit in de context van rechtsvergelijkend onderzoek¹³. Het is een thema dat als een rode draad door het artikel loopt. In onder meer paragraaf IV.C ga ik hier nader op in, en in paragraaf II over de rechtvaardiging van de rechtsvergelijking als discipline, preludeer ik daar reeds op. Maar hier vermeld ik reeds dat mijn benadering van interdisciplinariteit interpretatief is, dus sterk aansluit bij de juridische denk- en werkwijze¹⁴. Focus bij die interpretatieve

Hazard en W.J. Wagner (eds.), *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution* (Bruylant: Brussels 1974), 81-104 (Merryman zet daarbij stevig in op het gebruik van empirie ten behoeve van verklarende rechtsvergelijking; mijn inzet in dit artikel is eerder interpretatief. Zie verder de randnummer 7 en de paragrafen II en IV). Tevens P. LEGRAND, "John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue", 47 *American Journal of Comparative Law* 1999, 3-66.

¹¹ Ik heb onder meer deze vraag proberen te beantwoorden voor de twee rechtssystemen waar ik het meest mee bekend ben (Nederland en België), vanuit het perspectief van het onderzoek van de Nederlands-Amerikaanse politicoloog Arend Lijphart. Zie M. ADAMS, "Staatkundige resistentie", *Ars Aequi* 2010, 252-256; M. ADAMS, "Disabling Constitutionalism: Can the Politics of the Belgian Constitution be Explained?", 12 *International Journal of Constitutional Law* (Icon) 2014, 279-302; en M. ADAMS en G. VAN DER SCHYFF, "Constitutional and Rule of Law Culture in the Netherlands: A Sober Affair", in M. Adams, A. Meuwese en E.M.H. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (Cambridge: Cambridge University Press 2017), 358-385. Zie tevens randnummer 48.

¹² Hierover de indrukwekkende studie door R. HYLAND, *Gifts: A Study in Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press 2009), 732 p. Hyland betreft tevens India in zijn vergelijking. Over de door Hyland gehanteerde methode, zie J. HUSA, "Gift: The Piece That Does not Fit the Legal Puzzle", 16 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2009, 341-359.

¹³ Hierover tevens M. ADAMS en C. PRINS, "Interdisciplinariteit in de initiële juridische opleiding", *Nederlands Juristenblad* 2018, 1486-1491.

¹⁴ Andere disciplines worden met andere woorden vooral ondersteunend begrepen (verder paragraaf IV.A). Over de eigen aard en methode van het juridisch denken (ook in verhouding tot andere disciplines), zie tevens M. HERWEIJER, "Juridisch onderzoek", in J.W.L. Broeksteeg en E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003), 2-33; J.B.M. VRANKEN, *Algemeen Deel* (***) (Deventer: Kluwer 2005), 194 p.; en J.M. SMITS, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009), 31-44. Verder onder meer de publicaties van E.L. RUBIN: "Legal Scholarship", in D. Paterson (ed.), A

benadering blijven het recht en zijn structuren. Vandaar dat ik die als juridisch wil benoemen. Tevens vermeld ik dat ik me in dit artikel in het bijzonder richt op rechtsvergelijkend onderzoek dat zich uitstrekt over meerdere nationale rechtssystemen (waaronder meestal het ‘thuisstelsel’).^{15 16}

8. Zoals gezegd probeer ik de theorie te koppelen aan een veelheid van voorbeelden, en aan een gestructureerd opzet (stadia) van onderzoek. Twee onderzoeksprojecten werk ik meer omstandig uit. Ze hebben betrekking op de regulering van het levenseinde en op de argumentatieve praktijk van hoogste rechterlijke colleges. De onderzoeksprojecten waar deze voorbeelden op steunen zijn ongelijksoortig qua aanpak, in die zin dat het in het eerste onderzoek om – ten dele – een functionele rechtsvergelijking gaat, waar dat in het tweede onderzoek minder het geval is. Ook zal blijken dat voor de jurist de methodische uitdagingen, naargelang dit artikel vordert en de onderzoekstadia zich geleidelijk ontplooiën, steeds complexer worden.

9. Dat laatste brengt me aan het slot van deze inleiding bij het volgende: voor zover dat wat in dit artikel wordt neergelegd als al te veeleisend overkomt, vermeld ik dat het geenszins mijn bedoeling is geweest een niet te nemen horde op te stellen; ik besef dat ook in de rechtsvergelijking het betere de vijand van het goede kan zijn. De ambitie van dit artikel is dus niet dogmatisch (‘zo moet

Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (Oxford: Blackwell Publishers 1996), 562-572; “Law and the Methodology of Law”, *Wisconsin Law Review* 1997, 521-565; en “The Practice and Discourse of Legal Scholarship”, 86 *Michigan Law Review* 1998, 1835-1905. Tevens B. BIX, “Law as an Autonomous Discipline”, in M. Tushnet en P. Cane (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (Oxford: Oxford University Press 2005), 976-987 en CH. MCCRUDDEN, “Legal Research and the Social Sciences”, 122 *Law Quarterly Review* 2006, 632-650.

¹⁵ In deze tekst hanteer ik vooral de term ‘rechtssysteem’, die ik voor mijn doeleinden als synoniem beschouw met termen als rechtstelsel en jurisdictie, en rechtscultuur en -traditie. Daarmee wordt dan vooral verwezen naar regelcomplexen die vreemd zijn aan het eigen recht. Voor een problematisering van het begrip rechtscultuur (ook in vergelijking met de steeds vaker gebezigde term rechtstraditie), zie D. NELKEN, “Defining and Using the Concept of Legal Culture”, in E. Örüçü en D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford: Hart Publishing 2007), 109-132.

¹⁶ Dat laat onverlet dat vergelijking ook kan plaatsvinden tussen bijvoorbeeld verschillende inter- of supranationale regelingen, of tussen inter- of supranationaal recht enerzijds en nationaal recht anderzijds. Zeker dat laatste doet een aantal eigen uitdagingen rijzen, die het bereik van dit artikel te buiten gaan. De literatuur hierover is schaars, maar zie bijvoorbeeld: J.B. WIENER, “Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law”, 27 *Ecology Law Quarterly* 2001, 1295-1321; A. MOMIROV en A. NAUDÉ FOURIE, “Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law”, 2 *Erasmus Law Review* 2009, 291-309; P. ZUMBANSEN, “Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 186-211; M. ADAMS, “Comparative Law in a Globalizing World: Three Challenges”, 17 *Tilburg Law Review* 2012, 263-268; en A. ROBERTS, P.B. STEPHAN, P.-H. VERDIER en M. VERSTEEG (eds.), *Comparative International Law* (Oxford: Oxford University Press 2018), 640 p.

het!'), maar veeleer strategisch: wat mij betreft gaat het eerst en vooral om een aantrekkelijke manier van kijken naar rechtsvergelijkend onderzoek. Juist het bieden van structuur maakt het mogelijk beter grip te krijgen op het onderzoek¹⁷, omdat het zichtbaar maakt waar de mogelijkheden en onvermijdelijke beperkingen van een concreet onderzoeksproject zijn te situeren: welke ambities niet werden ingepast, hoe dat weegt op de (reikwijdte van de) bevindingen, hoe er op kan worden voortgebouwd, enz.

II. WAT RECHTVAARDIGT DE RECHTSVERGELIJKING ALS ZELFSTANDIGE ONDERZOEKSDISCIPLINE?

10. Wat rechtvaardigt de rechtsvergelijking als zelfstandige discipline van onderzoek¹⁸? Deze vraag is onder meer relevant omdat vergelijking hoe dan ook verbonden lijkt met het verrichten van onderzoek in de humane en sociale wetenschappen, waaronder juridisch onderzoek¹⁹. Men zou dus kunnen zeggen dat er met die rechtsvergelijking niets bijzonders aan de hand is. Vrijwel iedere claim of conclusie die we als jurist neerleggen, ieder onderscheid dat we aanbrengen, wordt afgezet tegen een andere situatie. Een rechtsregeling is slechts bevredigend of goed omdat een andere regeling dat niet of minder is; zo bekeken is een regeling nooit goed op zichzelf, maar wordt die altijd geëvalueerd in het licht van een andere regeling²⁰. En wanneer we zoeken naar een oplossing voor een vraagstuk dat nog niet gereguleerd lijkt, hanteren we nogal eens de methode van het analogisch redeneren: dat is het opstellen van een nieuwe regel geënt op een bestaande regel voor een min of meer vergelijkbaar geval²¹. Ook het ordenen van de rechtspraak met betrekking tot een concreet leerstuk is uitdrukkelijk een vergelijkende activiteit: dergelijke ordening bestaat slechts bij de gratie van hoe verschillende gevallen zich tot elkaar verhouden. Zoals gezegd, met rechtsvergelijking lijkt niets bijzonders aan de hand; vergelijken is een

¹⁷ Uiteraard kan men zich ook tegen mijn opvattingen afzetten, en tot andere of betere inzichten komen. Dat lijkt me dan winst te zijn.

¹⁸ Eerder hierover M. ADAMS, "Doing What Doesn't Come Naturally: On the Distinctiveness of Comparative Law", in M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research* (Oxford: Hart Publishing 2011), 229-235 (ik steun en bouw hier op dit artikel voort).

¹⁹ Omdat ik er te weinig mee bekend ben, spreek ik me niet uit over de zogenaamde positieve of bètawetenschappen.

²⁰ Toegegeven, zo algemeen geformuleerd lijkt deze stelling voor debat vatbaar. Denk maar aan transcendentale *a priori* kennis (kennis die aan de ervaring vooraf gaat), zoals Kant dat begreep. Dat neemt niet weg dat het juridisch denken wezenlijk classificierend, en dus als vanzelf vergelijkend is.

²¹ Vgl. J.H. NIEUWENHUIS, "Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1978, 494-415. G.J. Wiarda noemt de analogische redeneermethode niet toevallig de vergelijkingsmethode. G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding* (Deventer: Tjeenk Willink 1999), 107.

basisprincipe van welhaast elk juridisch onderzoek²². Sterker nog, “[t]hinking without comparison is unthinkable. And, in the absence of comparison, so is all scientific thought and scientific research”²³. Vergelijking geeft in die zin dus niet alleen reliëf, maar biedt vooral een onvermijdelijk referentiekader.

11. Toch lijkt het erop dat daarmee niet alles is gezegd²⁴. Want aangezien de rechtsvergelijking de term ‘vergelijking’ trots in het vaandel draagt, kan het toch niet anders dan dat er iets bijzonders mee aan de hand is. Wil er geen sprake zijn van een pleonasme, dan moet de rechtsvergelijking meerwaarde hebben ten aanzien van de vergelijkingen die we sowieso al maken. Het bestaan van een bepaalde onderzoeksdiscipline, *in casu* de rechtsvergelijking, moet dus steunen op een bijzondere rechtvaardiging.

12. Die rechtvaardiging is onder meer te vinden in het gegeven dat om tot expliciete vergelijking te kunnen komen, je eerst in de huid moet kruipen van minstens één vreemd rechtssysteem. Maar hoe daar mee om te gaan? Het is namelijk een rechtssysteem waarin je in principe niet bent opgeleid en gedisciplineerd, en waarmee je daardoor niet intiem vertrouwd bent; een systeem waarvan je ‘de taal’ – metaforisch gesproken – niet spreekt, met specifieke instituties en normen, onuitgesproken codes en handelingspraktijken, en een eigen geschiedenis, ideologie en zelfbeeld.²⁵ Een systeem, met andere woorden, waarbij de sociale context niet als een vanzelfsprekend gegeven tot je komt, althans veel minder vanzelfsprekend als bij diegenen die wel met het betreffende systeem intiem vertrouwd zijn. De rechtsvergelijker moet, alvorens aan vergelijking toe te kunnen komen, het vreemde rechtsbestel dus zien te doorgronden. Dit geeft aanleiding tot vragen waarmee je niet, of althans op een geheel andere wijze, wordt geconfronteerd dan wanneer je onderzoek doet dat zich tot het eigen rechtssysteem beperkt.

²² V.V. PALMER, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 262. Vgl. P.J.M. VERSCHUREN, *De probleemstelling voor een onderzoek* (Utrecht: Spectrum Aula 1986), 107.

²³ G.E. SWANSON, “Frameworks for Comparative Research”, in I. Vallier (ed.), *Comparative Methods in Sociology* (Berkeley: University of California Press 1971), 141. Tevens aangehaald door V.V. PALMER, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 261. Zo ook Jerome Hall, die stelt dat “to be sapiens is to be a comparatist.” J. HALL, *Comparative Law and Social Theory* (Baton Rouge: Louisiana State University Press 1963), 9. De cultureel-antropoloog Clifford Geertz formuleerde het iets subtieler: “Santayana’s famous dictum that one compares only when one is unable to get to the heart of the matter seems to me (...) the precise reverse of the truth; it is through comparison, and of incomparables, that whatever heart we can actually get to is to be reached.” C. GEERTZ, *Local Knowledge* (New York: Basic Books 1983), 233. Verder R. WEBER, “Comparative Philosophy and the Tertium: Comparing What with What, and in What Respect?”, 12 *Dao: A Journal of Comparative Philosophy* 2014, 151–171.

²⁴ V.V. PALMER, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 262. Vgl. P.J. GLENN, “Aims of Comparative Law”, in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 59.

²⁵ Vgl. M. DE S.-O.-L’E. LASSER, “The Question of Understanding”, in P. Legrand en R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press 2003), 200-202.

13. Dit is trouwens één van de redenen waarom rechtsvergelijking bijna *ipso facto* niet monodisciplinair kan zijn. Ik zie althans niet goed hoe je een buitenlands stelsel op een betekenisvolle wijze kunt bestuderen als je niet expliciet duidelijk weet te maken wat de context is waarin het ‘andere’ recht functioneert én betekenis krijgt. John Bell heeft de consequenties van dat inzicht mooi als volgt uitgedrukt: “[I]n major respects, comparative law is an instance of the more general form of legal research. The way in which it attempts to reconstruct both the foreign and the researcher’s own legal systems is similar to general legal research on either of those systems”²⁶. Maar Bell voegt daar nog een aantal specifieke problemen aan toe waarmee de rechtsvergelijker te maken krijgt:

“[T]here are peculiar challenges in comparative legal research. The first is to understand the full *institutional* setting out of which the legal issues and solutions arise: the organisation of the legal system, its legal concepts, presuppositions and mental map of the relationships between legal institutions, its legal procedures, and the broader social and cultural context and assumptions. In one’s own system, much of this is tacit knowledge. In relation to a foreign system, the researcher needs to acquire more explicit knowledge, and also has to make the tacit knowledge of his or her own system more explicit. Second, the *hermeneutic* approach requires the comparatist to adopt the internal point of view of the systems compared, but not necessarily to believe either of them is right, fair or just. Third, the comparatist is not reporting an internal point of view that comes as clearly packaged, even if he or she makes use of questionnaires addressed to national lawyers. The comparatist has to *interpret* the systems to enable a dialogue between them. Each law is something that has to be reconstructed in order to provide intelligible results to people from another legal system. Finally, there is *presentation in language and ideas that will be understood by lawyers in the home legal system*. At each stage the potential for going wrong is great, not least in the institutional and interpretative features. However, that is why there is strength in the rigour of comparative research²⁷”.

14. De vergelijkende ‘vertaalslag’ betekent onder meer dat je uitdrukkelijk recht moet doen aan hoe het andere systeem door de participanten daaraan zelf begrepen wordt²⁸. En hoewel ook in mijn benadering het juridische perspectief centraal blijft staan (mijn benadering blijft immers sterk interpretatief, en het recht en zijn structuren zijn focus van onderzoek), kun je dat laatste niet met strikt formeel-juridische argumenten afdoen. Daarvoor moet je immers delen van de – sociale, politieke, economische, historische – context van het recht thematiseren; de wisselwerking tussen recht en samenleving zal dus moeten worden geëxpliciteerd. En als dat gedaan is, moet over de resultaten worden gerapporteerd op een wijze die herkenbaar is voor binnen- én buitenstaanders van de betrokken rechtssystemen. Het is deze uitdaging die het bestaan rechtvaardigt

²⁶ J. BELL, “Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law”, in M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research*, 175.

²⁷ *Ibid.*, 175-176 (cursiveringen toegevoegd).

²⁸ Zie verder paragraaf III.G.1.

van een op zichzelf staande onderzoeksdiscipline die rechtsvergelijking wordt genoemd²⁹.

III. EEN ONDERZOEKSOPZET IN NEGEN STAPPEN

15. Over de rechtsvergelijking wordt wel eens gezegd dat het ‘slechts’ een methode is³⁰. Dat lijkt me gezien het voorgaande niet juist³¹. Wat hiervan ook zij, methode en methodische vragen staan in ieder geval centraal in de rechtsvergelijking. En iedere methode staat in functie van een onderzoeksvraag die een doelstelling herbergt. Uiteraard is het daarbij de bedoeling dat door opzet en methode een zo goed mogelijk antwoord op de onderzoeksvraag kan worden gegeven. Wat de rechtsvergelijking betreft kan het gaan om heel praktische doelstellingen en vragen in de context van de harmonisering of unificatie van

²⁹ Rechtsvergelijking overlapt hier met geschiedenis of culturele antropologie, die beide eveneens een andere cultuur, uit het verleden of heden, bestuderen. Zie J. TOLLEBEEK en T. VERSCHAFFEL, *De vreugden van Houssaye. Apologie van de historische interesse* (Amsterdam: Wereldbibliotheek 1992), (vooral hoofdstuk 3) en C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays* (New York: Basic Books 1973). Geertz heeft het over “thick description”.

³⁰ Een en ander bracht Kahn-Freund tot de boutade dat de rechtsvergelijking eigenlijk niet bestaat: “The trouble is that the subject (...) has by common consent the somewhat unusual characteristic that it does not exist.” O. KAHN-FREUND, 81 *Law Quarterly Review* 1966, 41. Verder V.V. PALMER, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 262-26363. Hierover bijvoorbeeld ook W.J. KAMBA, “Comparative Law: A Theoretical Framework”, 23 *International and Comparative Law Quarterly* 1974, 486-489.

Wat Kahn-Freund signaleert ligt wellicht besloten in de ingeburgerde en enigszins misleidende Engelse terminologie – “comparative law”. Die terminologie suggereert immers dat het om een eigen rechtsdomein gaat. Dit probleem rijst alvast niet in de Nederlandse taal, en ook niet in het Duits: “Rechtsvergleichung”. In beide gevallen verwijst de term namelijk uitdrukkelijk naar een *activiteit*: het vergelijken van recht. Het Frans en Italiaans worstelen dan weer met hetzelfde probleem als het Engels: “*droit comparé*” en “*diritto comparato*.”

³¹ Kritisch over het standpunt dat rechtsvergelijking niet meer dan een methode is, is in ieder geval P. LEGRAND, “Comparative Legal Studies and Commitment to Theory”, 58 *Modern Law Review* 1995, 264. Zie tevens E. ÖRÜCÜ, “Developing Comparative Law”, in E. Örücü en D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, 62.

recht³², of vragen die wetgevers³³ of rechters³⁴ behulpzaam zijn bij het vinden van oplossingen voor de maatschappelijke of juridische uitdagingen waarmee ze worden geconfronteerd. Maar het kan ook om eerder theoretische doelstellingen en vragen gaan, althans vragen die gericht zijn op kennisverwerving of theorievorming zonder *direct* praktisch nut³⁵. En bij dit alles kan de invalshoek niet alleen juridisch zijn, maar ook bijvoorbeeld economisch of sociologisch.

16. Maar welke invalshoeken, doelstellingen en vragen ook aan de orde zijn, de methodische mogelijkheden en variaties die zich aandienen lijken schier eindeloos. Precies als gevolg hiervan is het onmogelijk om te spreken over *de* methode voor rechtsvergelijkend onderzoek³⁶. Desondanks denk ik dat het opzet

³² In Europa heeft rechtsvergelijkend onderzoek dan ook een enorme stimulans mogen beleven in de context van de discussie over de (al dan niet geforceerde) eenmaking van het recht van de lidstaten van de Europese Unie. Met name in de context van het privaatrecht is er wat dit aangaat nogal wat activiteit geweest. Of het nu gaat om de Unidroit-commissie, de Lando-commissie, de *Study Commission on a European Civil Code*, het *Trento Common Core Project*, de *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)* de zogenaamde *Acquis Group*, de *Gandolfi Group*, de *Von Bar Study Group*, het project met betrekking tot de *Common Frame of Reference for a European Private Law*, de *Commission of European Family Law* (en ik vergeet er vast nog een aantal). Vaak gaat het erom te onderzoeken of, en indien zo op welke wijze, er meer privaatrechtelijke rechtseenheid kan worden gebracht in het Europa van de Unie. Inmiddels is vergelijkend onderzoek naar de constitutionele dimensie van de Europese Unie en haar Lidstaten ook al tot ontwikkeling gekomen, hoewel minder in projecten van grote omvang. Maar zie M. Claes en M. de Visser, "Reflections on Comparative Method in European Constitutional Law", in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 143-169.

³³ H. XANTHAKI, "Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap", 57 *International and Comparative Law Quarterly* 2008, 659-673 en C. VAN LAER en H. XANTHAKI, "Legal Transplants and Comparative Concepts: Eclecticism Defeated?" 34 *Statute Law Review* 2013, 128-137.

³⁴ M. ADAMS, "Globaliserende rechtspraak. Democratisch omstreden?", *Ars Aequi* 2012, 533-543; M. ADAMS en E. MAK, "Buitenlands recht in nationale rechtspleging", *Nederlands Juristenblad* 2011, 2912-2919; en E. MAK, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts* (Oxford: Hart Publishing 2013), 290 p.

³⁵ Een alternatieve indeling in doelstellingen, die mede bepalend is voor de opbouw van dit artikel, zou die kunnen zijn tussen beschrijven, vergelijken, verklaren en evalueren. Zie hierover respectievelijk de paragrafen III.F tot en met III.I. Zie tevens M. ODERKERK, 97 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2015, 590-623 (Oderkerk hanteert een gelijkaardige indeling). Voor verdere overzichten van doelstellingen: H.E. CHODOSH, "Comparing Comparisons: In Search of Methodology", 84 *Iowa Law Review* 1999, 1067-1089; G. DANNEMANN, "Comparative Law: Study of Similarities or Differences?", in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press 2006), 401-406; E. ÖRÜCÜ, "Developing Comparative Law", in E. Örüçü en D. Nelken (ed.), *Comparative Law: A Handbook*, 53-56; P. GLENN, "Aims of Comparative Law", in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 57-65; M. SIEMS, *Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2014), 2-5; en J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing 2015), 58-95.

³⁶ Aldus ook J. HUSA, "Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility", 58 *Revue Internationale de Droit Comparé* 2006, 1095-1117 en M. VAN HOECKE, "Methodology of Comparative Legal Research", 5 *Law and Method* 2015, 1-35.

dat ik hier presenteer, inclusief de daarbij horende vragen, in heel wat rechtsvergelijkend onderzoek, zeker van het type dat ik voorsta³⁷, expliciet of impliciet aanwezig is. En dit los van de vraag of het nu om vraagstukken van publiek- of privaatrechtelijke aard gaat. Hier plaats ik een dergelijke opzet in een lineair stappenplan³⁸. Laat duidelijk zijn dat dergelijk plan niet steeds op dezelfde wijze of in identieke volgorde in rechtsvergelijkend onderzoek wordt aangetroffen, en een aantal van de gepresenteerde stappen zullen in de praktijk soms nauwelijks van elkaar te onderscheiden zijn. Zo vloeien bijvoorbeeld de stappen ‘beschrijven’ (paragraaf III.F) en ‘vergelijken’ (paragraaf III.G) vaak naadloos in elkaar over: wie beschrijft, interpreteert immers, en dat beschrijven en interpreteren zal bovendien gebeuren in het licht van de in de vergelijking betrokken rechtssystemen. Een begin van visie op de onderlinge verhoudingen tussen de in het onderzoek betrokken systemen – essentieel om van vergelijking te kunnen spreken – zal dus al vroeg in het onderzoek zijn gevormd.³⁹ En zo zijn ook de onderzoeksvraag, *tertium comparationis* en de kwestie van vergelijkbaarheid sterk met elkaar verweven: de onderzoeksvraag formuleer je althans naar aanleiding van een vooronderstelling van vergelijkbaarheid, en tegelijkertijd moet je eerst een begin van onderzoeksvraag hebben voor je iets zinnigs over die vergelijkbaarheid kunt zeggen. In die zin is onderzoek niet lineair, maar eerder circulair. Voor nu benadruk ik nogmaals dat het hier vooral om een gestructureerde manier van kijken naar rechtsvergelijkend onderzoek gaat; een manier van kijken die de mogelijkheden en beperkingen van een onderzoeksproject zichtbaar kan maken. Want precies door de verschillende stappen afzonderlijk te identificeren kan het stappenplan immers mede als meetlaat of toetsingskader fungeren: zet ik de stappen die worden geïdentificeerd wel of niet (op welke wijze of volgorde dan ook), en waarom doe ik dat wel of niet?

A. IDENTIFICEREN VAN HET ONDERZOEKSONDERWERP

17. In het bestek van dit artikel kan ik hier kort over zijn: het onderzoeksonderwerp kan vrijwel alles zijn, van macro-thema's met betrekking tot institutionele structuren, tot micro-vragen die op heel specifieke

³⁷ Zie hierover paragraaf I en IV.C.

³⁸ Een eerste bescheiden poging om tot een voorstel voor de onderzoeksopzet te komen deed ik in M. ADAMS, “Wat de rechtsvergelijking vermag. Over onderzoeksdesign”, *Ars Aequi* 2011, 194-204 (in deze paragraaf bouw ik op dit artikel voort). Over onderzoeksopzet tevens L.J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung, Band II: Die rechtsvergleichende Methode* (Köln: Carl Heymanns 1972), 137-138; G. DANNEMANN, “Comparative Law: Study of Similarities or Differences?”, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 406-417; E. ÖRÜCÜ, “A Project: Comparative Law in Action”, in E. Örücü en D. Nelken (ed.), *Comparative Law: A Handbook*, 435-449 en M. SIEMS, *Comparative Law*, 13-25.

³⁹ In paragraaf III.G geef ik aan waarom ik wat dit aangaat desondanks de volgorde hanteer die ik in dit artikel heb gekozen.

materieelrechtelijke regelingen betrekking hebben, en alles wat daar aan combinaties tussen mogelijk is. Meestal heeft de onderzoeker wel een ‘educated guess’ of een onderwerp de moeite waard is, zal die anders gezegd nooit helemaal blanco aan een onderzoeksproject beginnen⁴⁰. Er is dan minstens een intuïtie dat het onderzoek wel eens de moeite waard zou kunnen zijn en voor vergelijking in aanmerking komt, en die intuïtie steunt op een zekere kennis over het onderwerp en hopelijk wat nieuwsgierigheid. Vervolgens zal dan een eerste systematisch literatuuronderzoek moeten worden verricht: het bestaande materiaal dient, in het licht van de voorlopige doelstelling(en), in kaart te worden gebracht. Dan gaat het over het verzamelen en systematiseren van wetgeving, rechtspraak, rechtsleer, beschikbare beleidsdocumenten, enz.⁴¹. Binnen dat kader kan dan het meest invloedrijke of interessante materiaal worden geïdentificeerd, inclusief de gezaghebbende auteurs. En vervolgens zal er door middel van een (probleem)analyse een min of meer originele invalshoek voor het onderzoek moeten worden gevonden, en een nader literatuuronderzoek moeten worden verricht. De verwachting bij dit alles is natuurlijk dat het onderzoek uiteindelijk iets zal toevoegen aan de kennis – de ‘stand van de wetenschap’ – die we al hebben over het betreffende onderwerp⁴².

B. FORMULEREN VAN DE ONDERZOEKSVRAAG

18. Nadat onderzoeksonderwerp en -invalshoek zijn geïdentificeerd, kan men overgaan tot het formuleren van een onderzoeksvraag, die eerste instantie nog niet helemaal precies zal zijn⁴³. In deze paragraaf staat vooral de zogenoemde functionele methode van rechtsvergelijkend onderzoek centraal, die zich in mijn lezing sterk toespitst op het formuleren van de onderzoeksvraag⁴⁴. Deze functionele methode blijkt in de literatuur veelvuldig besproken. Michele Graziadei zegt dat het gaat om “*one of the best-known working tools in comparative legal studies*”⁴⁵. En Mary Ann Glendon e.a. stellen dat “[*the functional approach, now recognized to have wide applicability, was probably comparative law’s principal gift to twentieth century legal science*]”⁴⁶. Applaus is er inderdaad veelvuldig, maar kritiek ook. Er is al eens over gezegd dat het zowel

⁴⁰ Voor ervaren onderzoekers geldt dat meestal natuurlijk nog meer dan voor beginnende onderzoekers.

⁴¹ Zie tevens G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 26-27.

⁴² Verder hierover M. SIEMS, “Legal Originality”, 28 *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, 147-164.

⁴³ Men weet meestal pas na afloop hoe de precieze onderzoeksvraag moet luiden (of had moeten luiden), en welke meer precieze doelstelling men eigenlijk heeft nagestreefd.

⁴⁴ Dat daar ook andere visies op mogelijk zijn, maak ik in paragraaf III.H duidelijk. Daarin staat opnieuw de vraag naar hoe een onderzoeksvraag te formuleren centraal.

⁴⁵ M. GRAZIADEI, “The Functionalist Heritage”, in P. Legrand en R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 100.

⁴⁶ M.A. GLENDON, M.W. GORDON en P.G. CAROZZA, *Comparative Legal Traditions (in a Nutshell)* (St. Paul: West Group 1999), 9.

om de mantra als de *bête noire* van de hedendaagse rechtsvergelijking gaat⁴⁷. Volgens de meest bekende propagandisten ervan – dat zijn Konrad Zweigert en Hein Kötz – gaat het zelfs om “[t]he basic methodological principle of all comparative law”⁴⁸. Om dan te vervolgen met de mededeling dat “[f]rom this basic principle stem all the other rules which determine the choice of laws to compare, the scope of the undertaking, the creation of a system of comparative law, and so on”⁴⁹. Dat is nogal wat.

19. Ondanks dat er al het een en ander over geschreven is⁵⁰, ga ik er hier nader op in: enerzijds omdat er mijns inziens wat misverstanden over bestaan, en anderzijds omdat het als vertrekpunt voor de verdere ontwikkeling van dit artikel kan dienen. Bij de bespreking ervan zal ik in eerste instantie vooral de auteurs zelf aan het woord laten, om daarna tot een eigen standpunt te komen.

⁴⁷ R. MICHAELS, “The Functional Method of Comparative Law”, in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 340. Het was trouwens Ernst Rabel die na de Eerste Wereldoorlog de functionele methode in eerste instantie ontwikkelde in de context van een project dat de harmonisatie van het Europese en internationale handelsrecht voorstond. Zie E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darsellung* (Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, Vol. 1 1936, Vol. 2 1958). Over het intellectuele wedervaren van Rabel in deze context, zie tevens D.J. GERBER, “Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language”, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing 2001), 190-208 en I. SCHWENZER, “Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria”, in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 77-81. Rabel was in 1926 ook de oprichter van de voorloper van het huidige *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* in Hamburg, toen bekend onder de naam *Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft für ausländisches und internationales Privatrecht*, gevestigd te Berlijn. Eerder, in 1916, had hij al het *Institut für Rechtsvergleichung* opgericht aan de Universiteit van München.

⁴⁸ K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press 1998), 34.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Het in voetnoot 47 aangehaalde artikel van Michaels geeft een overzicht terzake (inclusief andere versies en interpretaties dan die van Zweigert en Kötz). Tevens vermeld ik: J. HUSA, “Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?” 67 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003, 419-447; M. GRAZIADEI, “The Functionalist Heritage”, in P. Legrand en R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 100-130; J. HUSA, “Functional Method in Comparative Law: Much Ado About Nothing?”, 2 *European Property Law Journal* 2013, 4-21; J. DE CONINCK, “The Functional Method of Comparative Law: Quo Vadis?”, 74 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2010, 318-350; J. GORDLEY, “The Functional Method”, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar 2012), 107-119; en C. VALCKE en M. GRELLETTE, “Three Functions of Function in Comparative Legal Studies”, in M. Adams en D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (Oxford: Hart Publishing 2014), 99-111. Verder tevens het uitgebreide methodische hoofdstuk in R. HYLAND, *Gifts: A Study in Comparative Law*, 64-125 (het betreft een uitgesponnen en tevens op een specifiek onderwerp toegespitste kritiek op functionalisme in de rechtsvergelijking).

§ 1. DE FUNCTIONELE METHODE À LA ZWEIGERT EN KÖTZ

20. Volgens Zweigert en Kötz moet de onderzoeksvraag worden geformuleerd los van enige verwijzing naar de te onderzoeken rechtssystemen: “[T]he problem [to be researched] must be stated without any reference to the concepts of one’s own legal system”⁵¹. De juridische oplossingen die in een concreet rechtssysteem voor een bepaalde problematiek zijn uitgewerkt “must be freed from the context of its own system (...) cut loose from their conceptual context and stripped of their national doctrinal overtones, so that they may be seen purely in the light of their function, as an attempt to satisfy a particular legal need”⁵².

21. Dergelijke doctrinaire onthechtheid is van belang, aldus Zweigert en Kötz, omdat wat hen betreft het recht altijd en overal een mechanisme is dat vooral oplossingsgericht is; het beoogt maatschappelijke problemen op te lossen en is primair een instrument voor ‘social engineering’. De onthechtheid is bovendien mogelijk omdat de problemen die moeten worden opgelost in de verschillende rechtssystemen veelal identiek zijn – het gaat immers om universele “problems of life” – en de oplossingen daarvoor gelijkaardig. “[T]he legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results”⁵³. En dit ondanks dat de verschillende rechtssystemen grote verschillen laten zien “in their historical development, conceptual structure, and style of operation”⁵⁴. En verder: “If law is seen functionally as a regulator of social facts, the legal problems of all countries are similar. Every legal system in the world is open to the same questions and subject to the same standards, even countries of different social structures or different stages of development”⁵⁵. Of nog weer anders geformuleerd: “We find that as a general rule developed nations answer the needs of ‘legal business’ in the same or in a very similar way. Indeed it amounts to a ‘praesumptio similitudinis’, a presumption that the practical results are similar”⁵⁶.

22. Dus enerzijds zijn er overal gelijkaardige problemen en anderzijds gelijkaardige oplossingen, en daartussen staat het recht als glijmiddel of facilitator. Het functionalisme in de rechtsvergelijking is daarmee vooral bedoeld voor onderzoek dat zich richt op het achterhalen en in kaart brengen van specifieke regels, regelcomplexen of instituties die zijn ontworpen – als functie hebben! – om bepaalde concrete maatschappelijke vraagstukken te adresseren.

⁵¹ K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 34.

⁵² *Ibid.*, 44.

⁵³ *Ibid.*, 34.

⁵⁴ *Ibid.*, 39.

⁵⁵ *Ibid.*, 46.

⁵⁶ *Ibid.*, 40.

Die focus op concrete maatschappelijke problemen en daaraan verbonden regels wordt ook wel microvergelijking genoemd⁵⁷.

23. Dat de functionele methode zijn nut kan hebben bij het formuleren van de onderzoeksvraag mag duidelijk zijn. Als je bijvoorbeeld wil bestuderen hoe werkloosheid gereguleerd is in, zeg, respectievelijk Nederland en Italië, zou het voor de hand kunnen liggen in de onderzoeksvraag naar de vigerende Nederlandse en Italiaanse werkloosheidswetgeving te verwijzen. Vervolgens worden de relevante rechtspraak en handboeken geraadpleegd, en gaat men aan de slag. En toch ligt die aanpak minder voor de hand dan op het eerste gezicht aannemelijk lijkt, zoals uit onderzoek bleek⁵⁸. Inderdaad zou je de beide werkloosheidswetten kunnen opsporen en naast elkaar plaatsen. Maar als je verder kijkt dan alleen wat juridische techniek in de vermelde wetgeving en rechtspraak, en bijvoorbeeld ook wil weten hoe hoog de uitkeringen zijn, dan zou kunnen blijken dat die in Italië zeer laag waren. Daarop kritiek leveren zou eenvoudig mogelijk zijn. Maar de Italiaanse situatie kon niet begrepen worden zonder ook de uitkeringen van de zogenaamde *Cassa Integrazione Guadagni*⁵⁹ en, opvallend, de invaliditeitsuitkeringen in vooral Zuid-Italië te betrekken in de analyse. Deze werden namelijk mede ingezet om de armoedeval als gevolg van het verlies van betaalde arbeid te compenseren (dus ook ten behoeve van niet-gehandicapten). Dit leverde dan overigens wel een nieuw methodisch probleem op, want zou je dan ten behoeve van verstandige vergelijking niet ook voor Nederland de toenmalige uitkeringen in het kader van de arbeidsongeschiktheid moeten meenemen? Die werden destijds namelijk gebruikt als verkapte werkloosheidsuitkering voor gedeeltelijk gehandicapten.

24. Hoe ook, om dit soort van problemen te voorkomen zal je in de onderzoeksvraag dus moeten verwijzen naar de problematiek waarvoor werkloosheidsuitkeringen mede een remedie beogen te zijn. Bijvoorbeeld: ‘Welke rechtsregels spelen in de te vergelijken landen een rol bij het voorkomen of temperen van armoede ten gevolge van het verlies van betaald werk?’ Daarmee identificeer je dan niet alleen de meeste of misschien wel alle juridische mechanismen die worden gebruikt om met dit maatschappelijk probleem om te gaan. Tevens kun je strikte werkloosheidsreglementering dan positioneren te midden van die andere regelingen, en voor de verschijningsvorm ervan wellicht zelfs een begin van verklaring geven.

⁵⁷ Hoewel dergelijk onderzoek groots van opzet kan zijn, en gekoppeld kan worden aan andere dan functionele doelstellingen.

⁵⁸ Hierover D. PIETERS, *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa* (preadvies ten behoeve van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), 28-31. Het voorbeeld steunt op onderzoek door D. PIETERS, *Werkloosheidsuitkeringen voor zelfstandigen. Een vooronderzoek naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een vervangingsinkomen voor werkloze zelfstandigen* (Brugge: die Keure 1984), 150 p.

⁵⁹ Een instituut dat onder meer voor vervangingsinkomens zorgt voor de werknemers van bedrijven in moeilijkheden (tijdelijke werkloosheid).

25. Zo is volgens Zweigert en Kötz ook de vraag ‘*What formal requirements are there for sales contracts in foreign law?*’⁶⁰ al te juridisch gekleurd. Daardoor nodigt die niet uit om informatie op dusdanige wijze te verzamelen dat die aanleiding kan geven tot het identificeren van alle rechtsregels die voor de vergelijking relevant zouden kunnen zijn. Daarvoor moet de onderzoeksvraag je ook uitdrukkelijk sturen naar het brede palet aan regelgeving dat betrekking heeft op de functie van koopcontracten. Dus suggereren ze de volgende onderzoeksvraag: ‘*How does foreign law protect parties from surprise, or from being held to an agreement not seriously intended?*’⁶¹.

26. Zo bezien fungeert een functioneel geformuleerde onderzoeksvraag vooral ook als een heuristisch devies; als een zoekmachine die ons doet uitkomen bij alle regelgeving, ook de minder voor de hand liggende, die in de vergelijking kan of moet worden betrokken. Afhankelijk van de doelstelling van het onderzoek zou het mogelijk kunnen zijn dat er dan verder moet worden gekeken dan het recht. Zou het namelijk niet zo kunnen zijn dat het recht maar één van de mechanismen is die (kunnen) voorzien in bestaanszekerheid of armoedeval bij verlies aan betaalde arbeid? Of zou het niet kunnen dat een bepaalde aangelegenheid in het ene land door middel van formeel recht wordt gereguleerd, en in het andere land door middel van andere ordeningsmechanismen? En juist daarin kunnen dan weer verklaringen besloten liggen voor de verschijningsvorm van het gepositieerde recht. Als je daar zicht op wilt krijgen is het noodzakelijk het recht expliciet te begrijpen als ingebed in een sociale praktijk. Hoe ver je daarin moet gaan is ook weer afhankelijk van je doelstellingen⁶².

27. De functionele methode is daarmee tevens een uitdrukkelijke kritiek op ouderwetse ‘dogmatische’ rechtsvergelijking, dat wil zeggen een rechtsvergelijking die zich louter en alleen richt op de (tekstuele vormgeving van)

⁶⁰ K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 34.

⁶¹ *Ibid.* Terzijde merk ik op dat ook in deze alternatief geformuleerde vraag een heel scala aan begrippen is opgenomen die mede juridisch getekend zijn: ‘protect’, ‘party’, ‘surprise’, ‘agreement’, ‘intention’. Omdat ons dagelijkse taalgebruik zo overlapt met juridisch taalgebruik, is het een hele uitdaging, en misschien zelfs onmogelijk, om juridisch taalgebruik te vermijden. Om daar een omgang mee te vinden, zou je kunnen overwegen de substantiële termen uit je onderzoeksvraag uitdrukkelijk te definiëren.

⁶² Zweigert en Kötz halen terzake Ernst Rabel aan: “The student of the problems of law must encompass the law of the whole world, past and present, and everything that affects the law, such as geography, climate and race, developments and events shaping the course of a country’s history – war, revolution, colonisation, subjugation – religion and ethics, the ambition and creativity of individuals, the needs of production and consumption, the interests of groups, parties and classes. Ideas of every kind have their effect (...) Everything in the social, economic and legal fields interacts.” K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 36. Wat Rabel voorstaat is wel heel veel gevraagd, en Zweigert en Kötz hebben dus wel enige reserve. Over hoe inzichten uit andere disciplines dan de juridische te betrekken zeggen ze dan ook maar heel weinig.

juridische concepten zelf; een vorm van rechtsvergelijking waarvan de onderzoeker niet schijnt te beseffen dat die concepten niet voor zichzelf bestaan, maar zijn ingebed in een ruimer geheel. Dergelijke dogmatische vergelijking is er een die volgens Zweigert en Kötz juist daarom onvermijdelijk leidt tot *bias* of vooringenomenheid: de probleemstelling van het rechtsvergelijkende onderzoek wordt dan immers vanuit het eigen juridisch universum geformuleerd, en al het andere wordt vanuit die invalshoek bestudeerd. De dogmaticus manifesteert zich daardoor als een soort juridische Don Quichotte; iemand die plots ontwaakt in een vreemde wereld, en die maar niet kan begrijpen dat een hem bekend leerstuk elders helemaal niet (b)lijkt voor te komen.

28. Samenvattend is de functionele methode daarmee dus enerzijds een zoekinstrument of heuristisch devies, behulpzaam bij het identificeren van de regels, instituties en benaderingen die bepaalde kwesties in de te onderzoeken rechtssystemen adresseren⁶³. Maar het is anderzijds, en daarmee samenhangend, ook een methode die komaf wil maken met vooringenomenheid en subjectiviteit. De vergelijker “*must eradicate the preconceptions of his native legal system*”⁶⁴. Het gaat er tevens om een onbevooroordeelde blik op het buitenlands rechtssysteem te werpen door middel van “*scientific exactitude and objectivity*”⁶⁵, en de formulering van de onderzoeksvraag is daarbij van cruciaal belang.

§ 2. HET VERMIJDEN VAN VOORINGENOMENHEID EN TUNNELVISIE

29. Desondanks is het goed om te beseffen dat de vooronderstellingen van de functionele methode, althans in de versie van Zweigert en Kötz, niet vanzelfsprekend zijn. Uiteraard start ieder rechtsvergelijkend onderzoek met een aanname van vergelijkbaarheid, anders is vergelijken zelf onmogelijk⁶⁶. Zweigert en Kötz lijken het echter als een vaststaand gegeven te beschouwen dat de meeste samenlevingen identieke problemen kennen, en dat het recht die problemen op min of meer dezelfde wijze ‘oplost’ (de *praesumptio similitudinis*). Dat kan tunnelvisie creëren en het onderzoek dus sturen, wat de methode reductionistisch maakt⁶⁷. Ieder lokaal-cultureel aspect van de rechtsregel of situatie dreigt immers op voorhand beperkt te worden tot een beschrijving in functie van het ‘probleem’ dat moet worden opgelost (recht als ‘*social engineering*’), wat dan weer veelal

⁶³ Zo begrepen is het dan ook geen volwaardige methode als zodanig. Als heuristisch devies zegt het immers niets over hoe het onderzoek zelf te verrichten.

⁶⁴ K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 35.

⁶⁵ *Ibid.*, 45.

⁶⁶ Zie hierover reeds de vorige paragraaf.

⁶⁷ M. GRAZIADEI, “The Functionalist Heritage”, in P. Legrand en R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 111. Zie verder tevens de latere kwalificatie van de functionele method door Kötz zelf: H. KÖTZ, “Abschied van der Rechtskreiselehre”, 6 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, 505.

het gevolg is van het feit dat het rechtssysteem van de onderzoeker iets als zodanig definieert.

30. Zo zou je je kunnen afvragen wat de onderzoeker moet doen die ontdekt dat een buitenlands rechtssysteem niets te melden heeft over een bepaalde aangelegenheid? Het antwoord van Zweigert en Kötz is boeiend: “*If one’s comparative research seems to be leading to the conclusion that the foreign system has ‘nothing to report’, one must rethink the original question and purge it of all the dogmatic accretions of one’s own system*”⁶⁸. En: “*The researcher can rest content if his researches through all the relevant material lead to the conclusion that the systems he has compared reach the same or similar practical results, [else] he should be warned and go back to check again whether the terms in which he posed his original research question were indeed purely functional (...)*”⁶⁹. Als je kortom de verwachte oplossing(en) niet aantreft, kijk dan opnieuw. Tref je die oplossingen echter wel aan, dan kan je op je lauweren rusten. Mijn advies zou het tegenovergestelde zijn: zeker als je aantreft wat je had verwacht – dus gelijkenis in maatschappelijke oplossing, volgens Zweigert en Kötz –, moet je er nog eens goed naar kijken.

31. Volgens Zweigert en Kötz, zo hebben we gezien, zou het er bij de functionele methode ook om gaan om subjectiviteit en *bias* uit de weg te gaan, en te komen tot “*scientific exactitude and objectivity*”⁷⁰. Het opvallende is dat omwille van het voorgaande er juist wat dat betreft wel het een en ander mis kan gaan. Wat de functionele methode beoogt en de wijze waarop dat oogmerk in onderzoeksadviezen en onderzoeksvragen wordt omgezet, zijn niet op elkaar afgestemd⁷¹. Door dit alles verstaat de functionele vraagstelling zich maar moeizaam met verschillen in rechtssystemen.

32. Uiteindelijk ademt de taal van Zweigert en Kötz in sterke mate een instrumentele rechtsopvatting uit. Ze nemen een wat je zou kunnen noemen ‘*vaccin-model*’ van recht als uitgangspunt: als neutrale, externe specialist injecteert de jurist een juridisch vaccin in de samenleving, waarop die samenleving vervolgens – een-op-een als het ware – geneest van de maatschappelijke ziekte⁷².

⁶⁸ K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 35.

⁶⁹ *Ibid.*, 40.

⁷⁰ K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 45.

⁷¹ Vgl. J. HUSA, 67 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003, 424-425.

⁷² Vergelijk de kritiek die Frankenberg midden jaren tachtig formuleerde: de idee dat het recht een middel is om problemen op te lossen plaatst het recht en de samenleving diametraal tegenover elkaar. Het onderscheid tussen recht en samenleving is echter niet strikt te maken; maatschappelijke problemen worden veelal als zodanig erkend juist omdat het recht ze daartoe bombardeert, en recht en samenleving conditioneren elkaar, in weerwil van wat Zweigert en Kötz ons willen doen geloven. G. FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, 26 *Harvard International Law Journal* 1985, 411-455. Voor meer genuanceerde vormen van functionalisme in de (rechts)sociologie en sociale theorie, zie de besprekingen in R.

De verklaring voor de dominantie van dat instrumentele of functionele denken is volgens mij gelegen in het feit dat de auteurs – of althans in eerste instantie Zweigert – hun opvattingen in de jaren '60 van de vorige eeuw hebben vormgegeven: dat waren de jaren van wederopbouw, en van een sterk geloof in de maakbaarheid van de samenleving door middel van het recht.

33. Het gaat me hier niet alleen om het fileren van Zweigert en Kötz. Integendeel. Want geen misverstand: hun bijdrage aan de rechtsvergelijkende theorievorming is belangrijk. Wel probeer ik om via een kritische analyse te laten zien dat het voorkomen van vooringenomenheid en tunnelvisie een van de grootste uitdagingen is van rechtsvergelijkend onderzoek⁷³. En die uitdaging toont zich prominent bij het formuleren van de onderzoeksvraag, die dan vervolgens veel van het verloop van het onderzoek stuurt.

34. Laat overigens duidelijk zijn dat tunnelvisie nooit helemaal kan worden voorkomen. Want zeker het recht en het daarbij horende taalgebruik is door en door normatief, met alle culturele eigenheid en vooronderstellingen van dien. Waar het op aankomt, is je daar bewust van te zijn, en het onderzoek te verrichten in wat ik een geest van voorwaardelijkheid noem. Daarmee bedoel ik dat je tijdens het onderzoeksproces een permanente inspanning moet leveren om *bias* en vooringenomenheid zoveel als mogelijk te identificeren, inclusief de bereidheid om de onderzoeksvraag en het begrippenkader waarmee men de vergelijking verricht, waar mogelijk te verbeteren.

§ 3. DE FACTUAL METHOD EN LEGAL FORMANTS

35. Een variant op de functionele methode is te vinden in de onderzoeksaanpak die door het zogenoemde 'Trento Project' wordt gehanteerd. Het gaat daarbij om een onderzoeksproject van grotere omvang, dat tot doel heeft *“to unearth the common core of the bulk of European private law, i.e., of what is already common, if anything, among the different legal systems of European Union member states”*⁷⁴.

36. Juridische cartografie dus, in eerste instantie zonder al te veel normatieve doelstellingen: het gaat erom betrouwbare informatie te bieden. De onderzoeksgroep wil echter op de lange termijn tevens bijdragen aan *“building a*

COTTERRELL, *The Sociology of Law* (London: Butterworths 1982), 98-199 en A.L. STINCHCOMBE, *Constructing Social Theories* (Chicago: University of Chicago Press 1968), 320 p. Zie tevens J. GRIFFITHS, “De sociale werking van wetgeving”, in J. Griffiths en H. Weyers (red.), *Een selectie uit De sociale werking van recht* (Nijmegen: Ars Aequi 2012), 131-169. Tevens Hyland voor het verschil tussen functionalisme in de rechtsvergelijking en de sociale wetenschappen. R. HYLAND, *Gifts: A Study in Comparative Law*, 98-102.

⁷³ Zie hierover tevens paragraaf IV. A.

⁷⁴ Zie www.jus.unitn.it/cardoza/common.core/insearch.html

*common European legal culture*⁷⁵. een inzet die wel degelijk normatief van aard is⁷⁶. Daarmee wordt voortgebouwd op een project dat door de bekende Duits-Amerikaanse rechtsvergelijker Rudolf Schlesinger in de jaren '60 van de vorige eeuw werd gepresenteerd, het 'Cornell-project', dat eveneens tot doel had om te komen tot een *common core* van privaatrechtelijke leerstukken⁷⁷. Daarbij stond in het bijzonder de '*factual method*' centraal, die speciaal ten behoeve van dit project tot ontwikkeling was gebracht en door de hoofdonderzoekers van het Trento Project is overgenomen.

37. De *factual method* neemt als uitgangspunt de beschrijving van een of meerdere feitencomplexen (bijvoorbeeld afgeleid van een concrete rechtszaak), die dan als algemene invalshoek fungeert⁷⁸. Op basis daarvan wordt aan ieder van de deelnemende onderzoekers gevraagd hoe dergelijk feitencomplex in het eigen rechtssysteem door een rechter zou worden beslecht. Ten behoeve daarvan wordt een algemene vragenlijst (*questionnaire*) ontworpen, die dan aan de rapporteurs van de onderscheiden rechtssystemen wordt gestuurd. Die kunnen naar aanleiding van een eerste rapportage nadere vragen krijgen, die vervolgens in gezamenlijke ontmoetingen worden besproken. Uiteindelijk resulteert dit in overkoepelende conclusies, geformuleerd door de *general editors* van een specifiek project⁷⁹. Daarbij is het idee om vanuit de combinatie van feitencomplex en vragenlijst, inclusief de bijstelling van ideeën en opvattingen als gevolg van discussies daarover, te komen tot het identificeren van alle situaties waarin in de onderzochte rechtssystemen, bijvoorbeeld, precontractuele

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Hoewel dat door de onderzoeksleiders niet steeds als zodanig wordt erkend. Zie M. BUSSANI en U. MATTEI, "Preface: The Context", in M. Bussani en U. Mattei (eds.), *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project* (Dordrecht: Kluwer Law International 2002), 4.

⁷⁷ R.B. SCHLESINGER et al. (eds.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (New York: Oceana Publications 1968), xv + 1,727 p. Tevens R.B. SCHLESINGER, "The Common Core of Legal Systems: An Emerging Subject of Comparative Study", in K.H. Nadelmann, A.T. von Mehren en J.N. Hazard (eds.), *XXth Century Comparative and Conflicts Law* (Leyden: Sijthoff Press 1961), 65-79.

⁷⁸ Een voorbeeld geeft Hondius (over 'change of circumstances' in het contractenrecht): "Long-term agreement – devaluation of the price agreement. Early in the 20th century, the farmers A and B entered into a contract under which A promised to build and maintain an irrigation channel; B was entitled to extract water at a fixed price. The contract was concluded for an unlimited period of time. Almost 100 years later, A's successors ask for an increase in the price arguing that due to inflation and a rise in the cost of maintenance as well as labour the agreed price has become completely inadequate. Is the claim by A's successors justified? Are they, alternatively, entitled to terminate the contract?" Zie E. HONDIUS, "Unexpected Circumstances: The Trento Project", in A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink en J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and Unforeseen Circumstances* (Deventer: Kluwer 2011), 115-133.

⁷⁹ Voor meer informatie over de werkwijze: J. CARTWRIGHT en M.W. HESSELINK, "Introduction", in J. Cartwright en M.W. Hesselink (eds.), *Precontractual Liability* (Oxford: Oxford University Press 2008), 12-17. Een ander voorbeeld betreft een project in de context van wat ook wel *mixed jurisdictions* wordt genoemd. Zie hierover V.V. PALMER, "A Descriptive and Comparative Overview", in V.V. Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (Cambridge: Cambridge University Press 2014), 19-91.

aansprakelijkheid aan de orde zou kunnen zijn, inclusief de daarbij horende regels⁸⁰.

38. In het Trento Project werd tevens voortgebouwd⁸¹ op de theorie van de *legal formants*, zoals door Rodolfo Sacco geïntroduceerd⁸². Deze theorie richt zich vooral op de bronnen die moeten worden geïncorporeerd bij rechtsvergelijkend onderzoek. Volgens Sacco omvat “*living law (...) many different elements such as statutory rules, the formulations of scholars, and the decisions of judges (...)*”⁸³. Die elementen noemt hij dus *legal formants* en de interactie ertussen varieert per land. Deze *formants* bepalen in belangrijke mate de betekenis van het recht, zelfs bij ogenschijnlijk gelijklopende rechtsregels. Voor de rechtsvergelijker is het daarom van belang om de interactie en competitie tussen deze *formants* te begrijpen, om aldus de betekenis van het recht te achterhalen. Daarbij moeten dan tevens de verborgen *formants* worden betrokken, die *cryptotypes* worden genoemd: ideologie, mentaliteit, en andere vooronderstellingen die gedeeld worden door rechters, wetgevers of academici.

39. In het Trento Project maakte het in kaart brengen van dergelijke *formants* het mogelijk de verschillen in antwoorden en oplossingen te duiden. In zekere zin dwingt de uniforme vragenlijst de deelnemers aan de projecten na te denken, via de route van de *formants*, over de redenen voor de verschillen die uit het geheel van ieder deelproject naar voren komen. Het verschil tussen *law in the books* en *law in action* krijgt daardoor bijzondere aandacht, hoewel dat laatste dan vooral met bijzondere aandacht voor de wijze waarop rechters het vigerende recht interpreteren⁸⁴.

40. Veel van de kritiek die ten aanzien van de functionele methode, en vooral dan de functionele vraagstelling, werd geformuleerd, is ook op de *factual method* van toepassing: recht is geen neutraal gegeven, en door je van bij aanvang al te zeer te richten op gelijkaardige problemen – zeker in projecten waarin een grote hoeveelheid rechtssystemen is betrokken – richt je je ook te veel op

⁸⁰ Zoals we hebben gezien was dat ook een van de oogmerken van de functionele methode: het identificeren van alle regels met betrekking tot een bepaalde thematiek, via de weg van een zo neutraal als mogelijke omschrijving van de onderzoeksvraag.

⁸¹ www.jus.unitn.it/cardoza/common.core/insearch.html

⁸² R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law I”, 39 *American Journal of Comparative Law* 1991, 1-34 en R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law II”, 39 *American Journal of Comparative Law* 1991, 343-401. Zie ook U. MATTEI, “The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco”, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing 2001), 238-256. Voor een variatie op de methode van de *legal formants*: D. GERBER, “System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law”, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 719-737.

⁸³ R. SACCO, 39 *American Journal of Comparative Law* 1991, 22.

⁸⁴ De focus op rechtspraak is dusdanig sterk, dat het in een eerder beperkte opvatting van *law in action* resulteert.

overeenkomsten in plaats van verschillen⁸⁵. Bovendien is er meestal geen sprake van een eenvoudige een-op-een relatie tussen maatschappelijke problemen en de oplossing daarvoor via een juridische interventie. En toch: het zou jammer zijn de *functional* of *factual method* niet te willen gebruiken, omdat er nu eenmaal onvermijdelijke onvolkomenheden zijn. Zoals gezegd vereist de kritiek vooral ook dat je je van de knelpunten bewust bent. In het Trento Project lijkt me dat bewustzijn volop aanwezig.

C. VERGELIJKBAARHEID EN DE KEUZE VOOR STELSLS OF CASUS

41. Na de onderzoeksonderwerp en onderzoeksvraag te hebben geformuleerd komen er voor wat de rechtsvergelijking betreft twee specifieke en onlosmakelijk met elkaar verbonden vragen in het vizier⁸⁶: onder welke voorwaarden kan er zinvol of nuttig sprake zijn van vergelijkbaarheid, en welke rechtssystemen of daarbij horende casus betrek ik dan in de vergelijking?

§ 1. HET *TERTIUM COMPARATIONIS* EN DE MOGELIJKHEID VAN VERGELIJKING

42. Het meest algemene antwoord dat je op de eerste vraag kunt geven luidt: zolang de vergelijking maar hanteerbaar is, is die in principe mogelijk.⁸⁷ Maar in ieder geval moet er een *tertium comparationis* – dat is de gezamenlijke invalshoek tussen fenomenen, van waaruit vergeleken wordt⁸⁸ – kunnen worden geformuleerd, anders is een vergelijking *ipso facto* onmogelijk⁸⁹. Zo'n *tertium* geeft uiteraard de belangstelling van de onderzoeker weer, en kan afhankelijk van de doelstelling van het onderzoek verwijzen naar een rechtsregel of institutie, een

⁸⁵ Voor een samenvatting van die kritiek in de context van het Trento Project, zie J. CARTWRIGHT en M.W. HESSELINK, "Introduction", in J. Cartwright en M.W. Hesselink (eds.), *Precontractual Liability*, 4-12. Een uitgebreide kritiek gaf ook G. FRANKENBERG, "How to do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core", in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar 2012), 107-143. Tevens N.J. DE BOER, "The Theoretical Foundations of the Common Core of European Private Law Project: A Critical Appraisal", 5 *European Review of Private Law* 2009, 841-851.

⁸⁶ Maar zie mijn kwalificatie in randnummer 16.

⁸⁷ Zie verder paragraaf III.C, § 2.

⁸⁸ Maar er moet vanuit het perspectief van de onderzoeksvraag ook weer niet te veel overeenkomst zijn, anders kan het een vergelijking zonder voorwerp worden. En uiteraard betekent dit ook niet dat er geen belangstelling voor verschillen kan of moet zijn (hierover paragraaf III.C.3). Over dat *tertium*, zie verder J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing 2015), 148-151.

⁸⁹ Ook Pierre Legrand, de 'verschildenker' *par excellence*, lijkt dit toe te geven: "(...) I accept that no comparison can be initiated without a comparatist *taking the view* that there is an *apparent sameness* between the objects of comparison, that they seem alike in at least one respect" (cursivering toegevoegd). P. LEGRAND, "The Same and the Different", in P. Legrand en R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press 2003), 283.

handeling of een feitsituatie⁹⁰. De onderzoeksvraag is dan een functie en concretisering van dergelijk *tertium*, en operationaliseert die in een vraag die hanteerbaar is voor onderzoek (en die uiteraard ook bepalend is voor het verloop van het onderzoek).

43. Eigenlijk zou vrijwel alles vergelijkbaar kunnen zijn, als je de onderzoeksvraag in het licht van je doelstelling maar op het juiste niveau weet te formuleren⁹¹. Appels en citroenen, zo zegt men wel eens, kunnen niet vergeleken worden; ze zijn te verschillend. Dat is uiteraard niet noodzakelijk correct: het gaat in beide gevallen namelijk om fruit, en minstens als zodanig is vergelijking wel degelijk mogelijk⁹². Of het zinvol is appels met peren te vergelijken, is onder meer afhankelijk van wat je wil weten, iets wat zich dan weer toont in de onderzoeksvraag⁹³. Dergelijke zinvolheid vereist een beoordeling die motivering nodig heeft, maar die in de wetenschap wat mij betreft behoorlijk vrij is. In ieder geval, wil je tot een classificatie komen van verschillende fruitsoorten met hard vruchtvlees, dan lijkt het er op dat je de citroenen het beste weg kunt laten uit de vergelijking, en incorporeer je bijvoorbeeld peren (eventueel samen met wat ander fruit met hard vruchtvlees). Je kunt alternatief ook appels, peren en papaja's vergelijken vanuit het perspectief dat ze allen aan een boom groeien, en je wil weten hoe lang ze daar spontaan aan blijven hangen. Of je bestudeert op welke wijze exotische fruitsoorten in de schilderkunst van vooral de vijftiende en

⁹⁰ Zie M. ODERKERK, 97 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2015, 611-614. Uiteraard kan een echt stevig gemotiveerd antwoord op de vraag of iets vergelijkbaar is eigenlijk pas gegeven worden na het onderzoek, als de resultaten bekend zijn. In die zin moet de onderzoeker bij aanvang van het onderzoek de vergelijkbaarheid dus poneren of vooronderstellen. Maar dit lijkt toch veeleer een theoretisch probleem. In het overgrote deel van de gevallen gaat het om een robuust vermoeden van vergelijkbaarheid. Het is een typisch 'kip en ei'-probleem, dat in de praktijk wel hanteerbaar lijkt. Aldus terecht ook M. ODERKERK, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (Nijmegen: Ars Aequi Libri: 1999), 64.

⁹¹ Dat kwalificeert ook de stelling van Samuel, die meent dat een onderzoeksvraag "relevant" en "feasible" moet zijn, en complexiteit moet vermijden. Maar relevantie en 'feasibility' zijn geen abstracte categorieën, en altijd mede een functie van je doelstelling. En hetzelfde geldt voor 'complexiteit'. Uiteraard moet men dat laatste zoveel als mogelijk vermijden, maar ook dat is geen objectieve categorie of zelfstandig criterium, maar een functie van de vraag die je wilt onderzoeken. Zie G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 26 en 31-33.

⁹² De uitspraak is wereldwijd in heel wat variaties aan te treffen. In bijvoorbeeld delen van Zuid-Amerika heeft men het dan over aardappelen en zoete aardappelen (*papas y boniatos*) en in Portugal over sinaasappels en bananen (*laranjas com bananas*). Vgl. tevens P.H. GLENN, "Are Legal Traditions Incommensurable?", 49 *American Journal of Comparative Law* 2001, 144: "You can compare apples and oranges, and you can compare them in terms of the characteristics of apples and oranges." Dat de doelstelling bepalend is voor vrijwel iedere keuze die men in rechtsvergelijkend onderzoek maakt, is ook een constante in dit artikel.

⁹³ Bovendien zal je hoedanigheid een belangrijke invloed hebben op de vragen waarin je geïnteresseerd bent: zo zal de piloot van een lijnvlucht vooral geboeid zijn door het totale gewicht van de koffers die hij moet vervoeren, en een passagier tevens door de omvang ervan (zeker als die laatste overweegt met RyanAir te vliegen!). Vgl. R. WEBER, "Comparative Philosophy and the Tertium: Comparing What with What, and in What Respect?", 12 *Dao: A Journal of Comparative Philosophy* 2014, 169.

zestiende eeuw werden gerepresenteerd, om erachter te komen wat dat dan zegt over het kolonisatieproces door Europese mogendheden in die periode. En ondanks dat in tegenstelling tot fruit het recht een normatief fenomeen is en vooral een constructie van de geest, gaat het voorgaande ook op in de context van rechtsvergelijking. Laat ik een aantal voorbeelden geven.

§ 2. ONDERZOEKSDOEL EN CASUS: ENKELE VOORBEELDEN

44. Of het mogelijk is om rechterlijke onafhankelijkheid in respectievelijk China en een aantal Europese rechtssystemen te vergelijken hangt af van het antwoord op de vraag of het een relevant onderwerp zou kunnen zijn in beide delen van de wereld én van je meer specifieke doelstelling onderzoeksdoel: wil je bestuderen hoe het recht op dit terrein in de praktijk functioneert, of wil je juridische modellen van rechterlijke onafhankelijkheid op het spoor komen? De uitdagingen zullen in ieder geval aanzienlijk zijn, omdat de verschillen in achterliggende rechtscultuur en daarbij horende instituties zo omvattend zijn, dat enige vergelijking – als je al een hanteerbare onderzoeksvraag weet te formuleren – niet eenvoudig zal zijn. Dat doet dan weer vragen rijzen over de zinvolheid van zo'n oefening. Het bestuderen van de eventueel van toepassing zijnde juridische en politieke structuren kan desondanks de moeite waard zijn, mocht je bijvoorbeeld willen weten hoe het rechterlijk functioneren wordt vormgegeven in landen die zich niet primair weten gekenmerkt door een (opvatting van) *trias politica* die rechterlijke onafhankelijkheid stut. En ten behoeve van deze doelstelling zou dan wellicht tevens Polen in het vizier kunnen komen als vergelijkingscasus, of Iran. De uitdagingen blijven echter enorm.

45. En als je je als rechter of wetgever voor een leemte in het recht weet geplaatst, dan kan het betekenis hebben een aantal rechtssystemen te kiezen waar men met de betreffende leemte praktische ervaring heeft opgedaan. De politicoloog Ran Hirschl heeft iets vergelijkbaars op het oog wanneer hij het heeft over “*the most different cases logic*”⁹⁴: de selectie vertrekt dan meestal vanuit een beperkt aantal casus (*small N*), die in ieder geval voor wat betreft de juridische vormgeving – de *law in the books* – van het onderzoeksonderwerp verschillend zijn. Zo speelde in Nederland op een zeker moment de vraag of strafrechtelijke veroordeling wegens poging tot doodslag of zware mishandeling mogelijk was in geval van (blootstelling aan het risico op) HIV-besmetting van een seksuele partner. Vanuit juridisch-conceptueel oogpunt diende in het bijzonder de Hoge Raad te bepalen of dergelijke zaken konden leiden tot de aanname van een breder begrip van

⁹⁴ R. HISCHL, “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 139-142. Als politicoloog gaat het Hirschl vooral om het testen, door middel van rechtsvergelijking, van hypothesen en theorieën die verschillen en overeenkomsten kunnen verklaren, en over het leggen van causale verbanden tussen verschillende regelsets. Tevens J. WIDNER, “Comparative Politics and Comparative Law”, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 749.

voorwaardelijk opzet, omvattende de aanvaarding door de verdachte van de aanmerkelijke kans op besmetting met het HIV-virus. Uit interviews hierover door Elaine Mak met raadsheren in de Hoge Raad⁹⁵ kwam naar voren dat de Duitse benadering in raadkamer is besproken als mogelijk aanknopingspunt voor de oordeelsvorming van de Nederlandse hoogste rechter. De geïnterviewde raadsheren gaven aan veel waarde te hechten aan dergelijke informatie, die kan bijdragen aan het verkrijgen van conceptuele helderheid. Uiteindelijk is door de Hoge Raad echter een oplossing gekozen die past in het Nederlandse rechtssysteem en de Nederlandse rechtscultuur⁹⁶.

46. Dergelijke *most different cases logic* kan zich trouwens niet alleen manifesteren op het niveau van juridische vormgeving. Zeker oordeelsvorming over maatschappelijk gevoelige kwesties, bijvoorbeeld door rechters, kan aan gezag winnen door het betrekken van vergelijkbare zaken in aangrenzende landen, maar dan vooral voor wat betreft de aan de beslissingen ten grondslag liggende beleidsoverwegingen (en dus niet zozeer de juridische-dogmatische arrangementen). In de bekende zogenaamde *wrongful life* en *wrongful birth* casus in Nederland ging het er bijvoorbeeld om beleidsargumenten te vinden voor, in dit geval, toe- of afwijzing van schadevergoeding door nalatig handelen van een verloskundige tijdens de zwangerschapscontroles of geboorte⁹⁷.

⁹⁵ E. MAK, "Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?" 70 *Cambridge Law Journal* 2011, 443-444 en E. MAK, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts* (Oxford: Hart Publishing 2013), 202. Tevens M. ADAMS en E. MAK, "Buitenlands recht in nationale rechtspleging", *Nederlands Juristenblad* 2011, 2917.

⁹⁶ HR 20 februari 2007, NJ 2007, 313, HIV-IV, r.o. 4.4. Zie ook de annotatie van Yvo Buruma onder HIV-IV, paragraaf 6-7. Uit het onderzoek door Elaine Mak bleek verder dat hoogste rechters vergelijking met andere rechtssystemen nuttig vonden om dezelfde kwaliteitsstandaarden te kunnen hanteren als hun 'peers'. Ook bood de raadpleging van buitenlands recht de mogelijkheid aan rechters om op de hoogte te blijven van de rechtsontwikkeling in andere rechtssystemen en om de eigen positie te bepalen in het licht van grensoverschrijdende tendensen. E. MAK, *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, 200-203.

⁹⁷ Zie in Nederland bijvoorbeeld HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly). Voor een rechtsvergelijkend overzicht en beoordeling van gelijkaardige casus, zie I. GIESEN, "Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems", 72 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 2009, 257-273 en I. GIESEN, "The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases", 8/2 *Utrecht Law Review* 2012, 35-54. Onderzoek leert dat strikt juridische argumenten niet vanzelfsprekend getransplanteerd kunnen worden, waar dat bij de onderliggende (beleids)overwegingen waarop een beslissing steunt veel beter mogelijk lijkt. Hierover bijvoorbeeld J. STAPLETON, "Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation", 1 *Journal of Tort Law* 2007/3, article 6, 2 en 44. Tevens M. ADAMS en E. MAK, *Nederlands Juristenblad* 2011, 2916. Ook in België deed het Hof van Cassatie uitspraak in een *wrongful life*-zaak: Cass. 14 november 2014, C.13.0441.N, *Rechtskundig Weekblad* 2015-2015, 1611 met noot N. Van de Sype (er bestaat voor het kind geen vergoedbare schade in de zin van artikel 1382-1383 BW, omdat, kort gezegd, een vergelijking tussen de bestaande situatie van het gehandicapte kind en de situatie waarin het kind niet zou hebben bestaan, niet mogelijk is).

47. Zou men daarentegen willen weten welk verschil een bepaalde regeling in de praktijk maakt (*law in action*), dan lijkt het nuttig om casus met vrijwel identieke regelcomplexen als uitgangspunt te nemen, en vervolgens te bestuderen hoe die in de praktijk uitpakken. Hirschl noemt dat de “*most similar cases logic*”⁹⁸. Dan zou je dus bijvoorbeeld verschillen in de wijze waarop artsen in Nederland, België en Luxemburg met euthanasie omgaan, kunnen koppelen aan de specifieke rechtscultuur: in alle drie de landen is de regelgeving in ieder geval sterk gelijkaardig, en de doelstelling ervan ook. Steeds gaat het er immers om de autonomie van de patiënt beter te verankeren, en om zicht te krijgen op de euthanasiepraktijk. Als de overeenkomsten in regelgeving inderdaad de boventoon voeren, maar de verschillen in de praktijk groot zijn, dan kan de verklaring daarvoor eventueel in de rechtscultuur worden gezocht: hoe begrijpt men de wet in de verschillende landen, en hoe gaat men ermee om⁹⁹? Deze benadering laat dan toe om bijvoorbeeld een aantal hypothesen met betrekking tot het toezicht op euthanaserend handelen te toetsen. In dat geval komt er dan wel een andere dan juridische onderzoeksmethode in het vizier.

48. En zo zijn er ook zogenoemde *prototypical* en *outlier cases*. Een voorbeeld van het eerste is te vinden in Martin Shapiro’s boek *Courts*¹⁰⁰, waarin de geldigheid van een theorie over rechtbanken als *political agencies* van de overheid wordt getest aan de hand van een beperkt aantal representatieve casus. Het ging vooral over Engeland (*common law*), Frankrijk en Italië (*civil law*), China (Aziatisch recht), en de rechtbanken in het Ottomaanse rijk (Islamitisch recht). Maar ook *outlier cases* kunnen worden ingezet ten behoeve van theorievorming¹⁰¹. Je zou kunnen zeggen dat dit soort casus heel geschikt is voor falsificatie: een bepaalde verklarende theorie over het recht kan dan worden verworpen of gekwalificeerd omdat er casus bestaan die niet op basis van de bestaande theorie kunnen worden verklaard. Zo heeft Hirschl zelf onderzoek gedaan naar het ontstaan van grondwettigheidstoetsing door de rechter¹⁰². Hij richt zich daarbij in het bijzonder op het ontstaan van grondwettigheidstoetsing in Canada, Nieuw Zeeland, Zuid-Afrika en Israël. De vraag die hij stelt is tweeledig: is het ontstaan van grondwettigheidstoetsing door de rechter inderdaad, zoals de dominante theorie het wil, het gevolg van de behoefte om een beter beschermde mensenrechtencultuur te introduceren – een behoefte die dan zou worden ingegeven door opvattingen over sociale rechtvaardigheid: wie kan er nu tegen een ook door de rechter verankerde liberale en egalitaire cultuur van

⁹⁸ R. HIRSCHL, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 133-139.

⁹⁹ Dat die verschillen er zijn is inmiddels genoegzaam bekend. Zie bijvoorbeeld de bijdragen van respectievelijk H. NYS, G. VAN LOENEN en H. WEYERS in “Symposium. Gaat het wel goed met euthanasie in de Lage Landen?”, in 57 *Res Publica: Tijdschrift voor Politologie* 2015, 235-250.

¹⁰⁰ M. SHAPIRO, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago: University of Chicago Press 1981). Het voorbeeld komt van R. HIRSCHL, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 143.

¹⁰¹ R. HIRSCHL, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 147.

¹⁰² R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press 2004), 294 p.

fundamentele rechten zijn? Of is het integendeel het product van een politieke strijd van geheel andere aard? Hirschl zelf concludeert op basis van zijn onderzoek dat grondwettigheidstoetsing vooral van de grond komt wanneer de heersende politieke, economische en rechterlijke elites in een samenleving hun machtsposities bedreigd zien. De introductie van grondwettigheidstoetsing is volgens hem vooral het resultaat van een strategische alliantie tussen belangrijke politici en andere ‘stakeholders’ die hun persoonlijke belangen veilig willen stellen, door ze aan rechters toe te vertrouwen. En dat laatste is volgens die belanghebbenden in het bijzonder nodig wanneer enerzijds de sociale tegenstellingen in een bepaalde samenleving toenemen, en anderzijds de betreffende elites verwachten in de toekomst te maken te krijgen met het oordeel van de massa¹⁰³.

49. In het bijzonder wanneer de onderzoeksdoelstellingen heel praktisch zijn (bijvoorbeeld harmonisatie, rechtshervorming), lijkt het realistisch dat eerst wordt gekeken naar¹⁰⁴: a) rechtssystemen met een gelijke politieke of sociaaleconomische achtergrond¹⁰⁵, en b) gelijke feituitsituaties¹⁰⁶. De (aard van de) problematiek die zich aandient, de validiteit van de (beleids)argumenten die worden gehanteerd, de maatschappelijke uitgangspunten die als belangrijk of zelfs als leidend worden ervaren bij het inrichten van de rechtstaat, zullen dan eerder vergelijkbaar zijn met de situatie in het eigen rechtssysteem. Hoewel iedere casus uniek is en op de eigen merites moet worden beoordeeld, ligt het niet direct voor de hand om als Belgisch of Nederlands onderzoeker rechtspraak of wetgeving uit bijvoorbeeld Ethiopië te hanteren. De rechtscultuur ligt erg ver van ons vandaan. Bovendien blijkt uit het reeds aangehaalde onderzoek door Mak verder ook dat Nederlandse en Britse rechters zelf het erover eens zijn dat ze het niet nuttig vinden om bij het maken van keuzes slechts te turven (*nose counting*) in hoeveel rechtssystemen een bepaalde oplossing voor een juridisch probleem is gegeven¹⁰⁷. Bij de overweging van het eigen oordeel dient volgens de

¹⁰³ Over die conclusie, zie M. ADAMS, “Social Justice and the Judiciary: A Comparative Point of View”, in H. Irving, J. Mowbray en K. Walton (eds.), *Julius Stone: A Study in Influence* (Sydney: Federation Press 2010), 166-178.

¹⁰⁴ Hierover tevens M. ADAMS en E. MAK, “Buitenlands recht in nationale rechtspleging”, 2918.

¹⁰⁵ Aldus ook het instructieve artikel van M. ODERKERK, “The Importance of Context: Selecting Legal Systems in Comparative Legal Research”, XLVIII *Netherlands International Law Review* 2001, 187. Tevens W.J. KAMBA, “Comparative Law: A Theoretical Framework”, 23 *International and Comparative Law Quarterly* 1974, 509. Kamba en Oderkerk brengen een breed gedeeld aanvoelen onder woorden. Tegelijkertijd lijkt, juist in het geval van nabije rechtssystemen, waakzaamheid voor niet voor de hand liggende verschillen geboden. Terzijde: doctrinaire verbondenheid, bijvoorbeeld tussen Zuid-Afrika en Schotland, kan ook zo sterk zijn dat vergelijking, ondanks sociaal-economische verschillen, mogelijk lijkt.

¹⁰⁶ Zo ook C. MCCRUDDEN, “A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, 517-518.

¹⁰⁷ Zie tevens G. SITARAMAN, “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2009, 681-682. Hierover E. MAK, *Judicial Decision-Making in a Globalised World.*, 190. In de context van de rechtspraak heeft

geïnterviewde raadsheren vooral bekeken te worden wat geleerd kan worden van rechtssystemen die al een specifieke invloed hebben op het eigen nationale systeem. Voor Nederlandse rechters is in dat opzicht Frans en Duits recht van bijzonder belang, omdat de kans op ‘doctrinaire *fit*’ groter lijkt. De Britse rechters zoeken allereerst aansluiting bij het recht van andere *common law*-landen. Tegelijkertijd vinden de rechters het van belang ervoor te zorgen dat het eigen rechtssysteem niet terechtkomt in een geïsoleerde positie, in het bijzonder op rechtsgebieden van algemeen belang. Zij zullen daardoor geneigd zijn, zo stellen ze, zich aan te sluiten bij zichtbare transnationale tendensen met betrekking tot de rechtsontwikkeling¹⁰⁸.

50. De keuze voor vergelijkingscasus wordt uiteraard doorkruist door een aantal heel praktische factoren: beschikbare tijd en middelen, de voorhanden bronnen, de aanwezige kennis binnen een onderzoeksgroep, taalkennis, de ervaring van de onderzoeker, enz.¹⁰⁹. Steeds sturen die de wijze waarop een onderzoeksproject tot ontwikkeling kan worden gebracht. Dat er beperkingen zijn is natuurlijk niet vanzelfsprekend een reden om niet met een onderzoek te beginnen. Stel dat iemand onderzoek wil doen naar de juridische vormgeving van de commerciële verkoop van lichaamsmateriaal¹¹⁰, en Iran blijkt één van de weinige landen met wetgeving hierover: is het dan redelijk Iran te betrekken in de vergelijking als je geen Farsi spreekt? Het antwoord is wat mij betreft niet noodzakelijk negatief, maar ook een kwestie van proportionaliteit. Bijvoorbeeld, is er betrouwbaar materiaal beschikbaar in een andere, voor jou kenbare taal dan het Farsi? Kan je over je bevindingen communiceren met deskundige Iraanse collega's? Als het antwoord op (één van) beide vragen positief is, dan zou het onderzoek wellicht nuttig kunnen worden gestart¹¹¹. Maar wat als er voldoende andere

voormalig rechter aan het *US Supreme Court* Antonin Scalia, het willekeurige karakter (*Cherry picking*) van de keuze voor bepaald rechtsvergelijkend materiaal door sommige van zijn collega's bekritiseerd (zie bijvoorbeeld zijn *dissent* in de zaak *Roper v. Simmons* (543 US (2005), 628, een zaak die betrekking had op de toelaatbaarheid van de doodstraf voor jeugdige delinquenten.) Ik zie dat vooral als een methodische kritiek, die in de context van de rechtspraak een bijzondere gedaante krijgt: daarbij gaat het immers om een autoritatieve praktijk. Kiezen wat je best uitkomt, als het dat zou zijn wat de door Scalia bekritiseerde rechters zouden doen, is dan niet vanzelfsprekend.

¹⁰⁸ Giesen noemt in dit verband Hongaarse rechtspraak in ‘wrongful life’-zaken, welke zou zijn aangepast na de constatering dat zij afweek van de trend die zich elders ontwikkelde. I. GIESEN, 8/2 *Utrecht Law Review* 2012, 52.

¹⁰⁹ V.V. PALMER, “From Lertholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology”, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 288-290 en M. ODERKERK, 97 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2015, 604.

¹¹⁰ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal* (Antwerpen: Intersentia 2015), 833 p.

¹¹¹ Dit kan zeker relevant zijn met betrekking tot vergelijkingen tussen traditioneel westers recht enerzijds en ‘indigenous’ en religieus recht anderzijds. Zie hierover J. DU PLESSIS, “Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems”, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (versie nieuwe editie van dit handboek, te verschijnen in 2019).

rechtssystemen met vergelijkbare regelgeving bestaan, waardoor de keuze voor Iran wat minder noodzakelijk lijkt? Wellicht dat het antwoord op de vraag naar de keuze voor Iran dan negatief uitvalt. In ieder geval moet de onderzoeker de beperkingen waarmee hij wordt geconfronteerd, onderkennen en er uitdrukkelijk over rapporteren.

§ 3. VERSCHILLEN ÉN OVEREENKOMSTEN

51. Tot slot nog dit. De voorgaande voorbeelden kwalificeren ook het geluid dat de laatste jaren volop is te horen, namelijk dat rechtsvergelijkend onderzoek niet moet zijn gericht op overeenkomsten, maar veeleer op verschillen. Gunter Frankenberg en Pierre Legrand zijn bekende vertegenwoordigers van dit standpunt. “*Analogies and the presumption of similarity have to be abandoned for a rigorous experience of distance and difference*”, zegt bijvoorbeeld Frankenberg¹¹². Dit standpunt mag begrepen worden als een stevige kritiek op de functionele methode van Zweigert en Kötz, die, zoals we hebben gezien, sterk gericht zijn op het vinden van interessante juridische oplossingen voor gelijke problemen in verschillende rechtssystemen¹¹³.

52. Uiteraard start ieder vergelijkend onderzoek met het uitgangspunt dat er vanuit het perspectief van de onderzoeksvraag minstens één relevante overeenkomst tussen de te vergelijken casus moet zijn. Anders valt er niets te vergelijken. Dat constateerden we eerder al. Toch lijkt me het pleidooi voor een focus op verschillen een mogelijke bron van verwarring, omdat ook dit

¹¹² G. FRANKENBERG, *Harvard International Law Journal* 1985, 453. Het gaat dan vooral om (rechts)cultuurverschillen. Zie van Legrand met name zijn *Le Droit Comparé* (Paris: Presses Universitaires de France 1999), 119 p. en *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer: Kluwer 1999), 159 p. Tevens R. HYLAND, “Comparative Law”, in D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge: Blackwell 1996), 193-197. Een overzicht geeft G. DANNEMANN, “Comparative Law: Study of Similarities or Differences?”, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 389-390.

Hoewel postmodern van toonsetting, bevinden Legrand en Frankenberg zich in goed Modern gezelschap: Montesquieu, een van de vroege rechtsvergelijkers, was al een pleitbezorger van het zoeken naar verschillen in plaats van overeenkomsten. De *bottom line* van hetgeen Montesquieu te berde brengt, is dat elke samenleving de staatsvorm heeft die bij haar beschaving past. Het recht had volgens hem een plaats in het bredere verband van de natuurlijke en culturele processen binnen een staat, en kon niet los worden begrepen van de maatschappelijke context waarin het functioneert. De notie van verschil staat daarmee centraal. “[De] wetten dienen zo nauwkeurig te zijn afgestemd op het volk waarvoor ze zijn gemaakt, dat het wel buitengewoon toevallig zou zijn als de wetten van het ene land ook voor een ander land geschikt zouden zijn.” Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (vertaling J. Holierhoek) (Amsterdam: Boom 2006), Boek I, hoofdstuk 3, p. 46. Hierover onder meer R. LAUNAY, “Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law”, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing 2001), 22-38 en L. ZUCCA, “Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law”, 5 *European Constitutional Law Review* 2009, 481-500.

¹¹³ Zie paragraaf III.B.2.

uitgangspunt aanleiding geeft tot een tunnelvisie. Of je je richt op verschillen of overeenkomsten hangt ten dele af van de doelstelling van je onderzoek. Wil je het recht van de lidstaten van de Europese Unie harmoniseren of zelfs unificeren? Aandacht voor de ogenschijnlijke aanwezigheid van overeenkomsten, noem het een *common core*, kan dan geen kwaad¹¹⁴: in regels, in de effecten daarvan, enz. (maar verlies de verschillen niet uit het oog!). Wil je concrete problemen oplossen die je in je eigen rechtssysteem ervaart met betrekking tot een specifieke, rechtsdogmatische constructie? Kijk dan naar verschillen in regelgeving of beleidsargumenten die rechterlijke beslissingen beïnvloeden (maar verlies de overeenkomsten niet uit het oog!). Of je verschillen of overeenkomsten vaststelt is ook een functie van wat je op basis van je onderzoek, in het licht van de onderzoeksdoelstelling en -vraag, aantreft¹¹⁵. Maar wat het ook zij, de onderzoeker moet zich zoveel als mogelijk als een onbevangen reiziger opstellen en openstaan voor het onverwachte. Een voorafgaandelijke focus op overeenkomsten dan wel verschillen past daar niet bij^{116 117}.

D. OPSTELLEN VAN NADERE VERGELIJKINGSCATEGORIEËN

53. Wanneer je onderzoeksvraag is opgesteld en de te vergelijken casus geselecteerd, kan het nodig zijn het *tertium comparationis*, dat meestal erg algemeen is en steunt op een initiële aanname van vergelijkbaarheid, nader in te

¹¹⁴ Bovendien doe je er dan goed aan om zoveel mogelijk landen te betrekken die tot harmonisatie of unificatie moeten overgaan, of in ieder geval alle landen die als representatief kunnen doorgaan. Aldus ook M. ODERKERK, XLVIII *Netherlands International Law Review* 2001, p 189. Vooral als harmonisatie/unificatie gericht is op het vinden van de beste oplossing, en niet zozeer wanneer nadruk ligt op een *common core*, betrek je eventueel ter inspiratie tevens casus die je ter zake nuttige informatie opleveren, maar die niet in de harmonisatie zijn betrokken.

¹¹⁵ G. DANNEMANN, "Comparative Law: Study of Similarities or Differences?", in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 396-406.

¹¹⁶ Ook daarom zou het interessant kunnen zijn om tevens één rechtssysteem te betrekken met een geheel verschillende context. Bijvoorbeeld: zowel Duitsland, Nederland en Frankrijk, maar tevens Japan. Zie G. DANNEMANN, "Comparative Law: Study of Similarities or Differences?", in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 411. Verder tevens R. MICHAELS "The Functional Method of Comparative Law", in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 344-345.

¹¹⁷ Ik voeg er wel deze kwalificatie aan toe: de vraag naar wat juist een overeenkomst of een verschil constitueert, staat in de rechtsvergelijking uiteraard centraal. Toch lijken we nog heel wat moeite te hebben over hoe dergelijke overeenkomst of verschil nu te identificeren. Dat is deels ook onvermijdelijk, omdat iets dergelijks geen objectieve categorie is, maar afhankelijk van invalshoek: wat vanuit ene perspectief een overeenkomst constitueert, is dat vanuit het andere perspectief een verschil (zie randnummer 43). Vgl. N. JANSEN, "Comparative Law and Comparative Knowledge" in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 312-314. Tevens M. ADAMS en J.A. BOMHOFF, "Comparing Law: Practice and Theory", in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 15. Tevens J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, 147-168.

vullen met meer specifieke vergelijkingscategorieën waarmee je de onderzoeksvraag verder operationaliseert.

54. In vergelijkend onderzoek waar ik zelf bij betrokken was, in het bijzonder met betrekking tot euthanasie en de regulering van het levenseinde¹¹⁸, fungeerde het idee van ‘functie’, zoals hiervoor ook werd bepleit, vooral als een heuristisch devies. De doelstelling van ons onderzoek was, heel algemeen gesteld, het in kaart brengen en contextualiseren van de rechtsregels die van toepassing zijn op medisch gedrag dat het levenseinde mogelijk dichterbij brengt¹¹⁹, en te bepalen welke plaats euthanasie in dat geheel heeft. Daarbij kwam tevens aan de orde hoe die regels in de verschillende rechtssystemen werden begrepen en toegepast, en wat de verschillen en overeenkomsten daartussen zou kunnen verklaren¹²⁰. Het was in ieder geval het vermelde medisch handelen dat als gezamenlijke invalshoek, als *tertium comparationis*, fungeerde, waarbij een aantal preciezere vergelijkingscategorieën de onderzoeksvragen en de vergelijking nader vorm gaven. Daardoor kon euthanaserend handelen worden gesitueerd binnen het ruimere kader van de regulering van het levenseinde, en waren we in staat het te onderzoeken fenomeen tevens op een hoger niveau te construeren: het bredere plaatje van regulering, inclusief functionele equivalenten, werd daardoor zichtbaar. Daardoor werd het ook mogelijk en zinvol andere landen dan die waarin euthanasie uitdrukkelijk is gereguleerd in het onderzoek te betrekken (ook daar zoekt men immers een juridische omgang met het levenseinde), zonder de focus op de regulering van euthanasie zelf daarbij uit het oog te verliezen.

55. Moderne Europese systemen van gezondheidszorg, zo was ons uitgangspunt op basis van vooronderzoek, leken inderdaad voldoende vergelijkbaarheid voor onze studie te bieden: het medisch handelen van artsen aan het einde van het leven van een patiënt leek in alle te onderzoeken rechtssystemen immers goeddeels gelijkaardig (hoewel niet identiek). Bovendien was er in alle landen minstens een discussie over de regulering van het levenseinde (hoewel er niet noodzakelijk regulering was), en was het levenseinde er in sterke mate gemedicaliseerd (waardoor er vooral artsen bij waren betrokken). Vandaar dat

¹¹⁸ Samen met J. GRIFFITHS en H. WEYERS: *Euthanasia and Law in Europe* (Oxford: Hart Publishing 2008), 598 p. Deze paragraaf steunt op dit onderzoek. Zie tevens M. ADAMS en J. GRIFFITHS, “Against ‘Comparative Method’: Explaining Similarities and Differences”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2012), 279-301.

¹¹⁹ In onze terminologie afgekort als MBPSL: ‘Medical Behavior that Potentially Shortens Life’.

¹²⁰ Aanvullend bij deze meer juridische focus, wilden we ook weten wanneer en hoe die regels werden gebruikt in de (medische) praktijk, en welke sociale effecten dat gebruik had (bijvoorbeeld voor de veiligheid van de patiënt, of om erachter te komen of er sprake was van een zogenoemde ‘slippery slope’ ter zake). Ook wilden we weten waarom euthanasie wel in Nederland, België en Luxemburg was gereguleerd, maar niet in andere landen (waar er wel degelijk een euthanasiepraktijk voorkwam). Ten slotte probeerden we zicht te krijgen op de meer algemene context waarin euthanasie plaatsgreep: gaat het om een vrijheid voor artsen en patiënten, of is er eerder sprake van jurisdisering en controle?

we uitgingen van een gedragscategorie als overkoepelend *tertium*, zoals gezegd: medisch handelen dat het levenseinde potentieel naderbij brengt.

56. Daardoor leek het mogelijk om dit handelen in een meer specifiek en uitdrukkelijk functioneel schema te gieten dat zo neutraal – beschrijvend – *als mogelijk* was. Daarbij was het uitgangspunt dat van veel medische handelingen die door artsen worden verricht, bekend is dat ze het levenseinde nabij brengen (althans meer nabij dan zonder dat medisch handelen!), of dat het dat zelfs veroorzaakt¹²¹. Ook daarom ging het dus om veel meer dan euthanaserend handelen alleen, dat immers slechts in twee van de geselecteerde jurisdicties was gereguleerd. Daardoor stelde het schema ons in staat de geselecteerde tien landen in de vergelijking te betrekken, en op basis daarvan de toepasselijke rechtsregels met betrekking tot het levenseinde te identificeren. Het schema ging bovendien niet zozeer uit van de subjectieve intenties van de arts bij diens medisch handelen – dat is immers bijna niet te achterhalen¹²² – maar veeleer van het ‘objectieve’ verwachtingspatroon van de ‘zorgvuldige en redelijke arts’. Op basis hiervan kon dat medisch handelen bij het levenseinde worden onderverdeeld in gedrags- of handelingscategorieën die gemeenschappelijk zijn aan de medische systemen die wij onderzochten en die zich allemaal op de een of andere wijze tot euthanasie zouden kunnen verhouden (zie de volgende paragraaf voor nadere toelichting bij het schema). Daarbij was het natuurlijk van belang dat we zogenoemde ‘*false comparisons*’ zoveel als mogelijk zouden voorkomen, dat is het vergelijken van “*dissimilar data (...) as if they were similar*”¹²³. We wilden anders gezegd voorkomen dat het schema (al te) dwingend gestuurd zou worden door de normatieve categorieën van één of enkele syste(e)m(en), die dan als model zouden fungeren voor al de andere systemen.

¹²¹ Misschien ten overvloede: het gaat hier uiteraard niet over de dood door het handelen van een arts als gevolg van medische onzorgvuldigheid of boos opzet (doodslag of moord).

¹²² Verslaggeving over persoonlijke handelingsmotieven is blijkbaar notoir onbetrouwbaar. Zie R.C. LEWONTIN, “Sex, Lies, and Social Science”, XLII *New York Review of Books*, 20 April 1995, 24-29.

¹²³ Over dergelijke ‘false comparisons’ in de rechtsvergelijking, zie reeds J. VAN VELSEN, “Procedural Informality, reconciliation, and False Comparisons”, in M. Gluckman (ed.), *Ideas and Procedures in African Customary Law* (Oxford: Oxford University Press 1969), 137-15252.

Medisch handelen bij het levenseinde (I)

<i>Gedragscategorieën</i>
Erkennen van een behandelweigering van de patiënt (door middel van een directe weigering of een schriftelijke verklaring)
Het niet starten of beëindigen van een ‘zinloze’ levensverlengende behandeling
Pijnbestrijding met levensverkortend effect
Euthanasie
Hulp bij zelfdoding
Beëindigen van het leven zonder uitdrukkelijk verzoek

E. IDENTIFICEREN VAN DE RECHTSREGELS

57. Op het moment dat de categorieën voor vergelijking zijn geselecteerd, kunnen die vervolgens worden gehanteerd om het recht dat daarmee samenhangt, te identificeren. Laat ik deze stap in het onderzoek opnieuw illustreren aan de hand van het schema dat in de vorige paragraaf al werd gepresenteerd, maar nu aangevuld met een nieuwe kolom waarin de regels en juridische concepten worden geïdentificeerd die door ons aan de gedragscategorie (het medisch handelen) konden worden gekoppeld. Om het schema niet al te complex te maken, is het beperkt tot Nederland en België, twee landen waar euthanasie als zodanig door middel van wetgeving is toegestaan¹²⁴.

¹²⁴ De andere onderzochte jurisdicties, waar euthanasie niet gereguleerd was, konden eenvoudig in dit schema worden meegenomen, juist omdat heel wat van de medische handelingen in alle jurisdicties als ‘normaal medisch handelen’ werden geclassificeerd.

Medisch handelen bij het levenseinde (II)

<i>Gedragscategorie</i>	<i>Juridische kwalificatie in Belgisch en Nederlands recht</i>
Erkennen van een behandelweigering van de patiënt (door middel van een directe weigering of door een schriftelijke verklaring)	Toestemming van de patiënt voor een behandeling is steeds nodig (<i>informed consent</i>)
Het niet starten of beëindigen van een ‘zinloze’ levensverlengende behandeling	‘Medische exceptie’ ten aanzien van strafrechtelijk handelen, met name met betrekking tot ‘normaal medisch handelen’
Pijnbestrijding met levensverkortend effect	
Levensbeëindiging in de vorm van euthanasie	‘Overmacht’ (Nederland tot 2002) of uitdrukkelijke wetgeving (Nederland en België sinds 2002)
Levensbeëindiging in de vorm van hulp bij zelfdoding	
Beëindigen van het leven zonder uitdrukkelijk verzoek	‘Overmacht’ (alleen Nederland)

58. Wanneer een patiënt een levensverlengende behandeling weigert (linker kolom bovenaan), is een arts juridisch gezien verplicht zich daaraan te houden, ook in het geval van een patiënt die niet bij bewustzijn is maar die een schriftelijke verklaring (in de vorm van een behandelingsverbod) heeft opgesteld¹²⁵. Dat hangt samen met het rechtsbeginsel van ‘*informed consent*’ (rechterkolom bovenaan), dat in het medische recht zo’n sterke rol speelt en meestal gepositieerd is. Het niet starten of beëindigen van een medische behandeling (linker kolom) omdat die zinloos is, alsmede het toedienen van pijnbestrijding met eventueel levensverkortend effect, worden beide als ‘normaal medisch handelen’ gezien. Ze vallen dus onder de zogenoemde medische exceptie, op basis waarvan een arts handelingen mag uitvoeren die voor een leek strafbaar zijn. Het kan dan gaan om bijvoorbeeld het verrichten van een operatie, een handeling die als die door een leek wordt verricht neer zal komen op mishandeling. En zo is het beëindigen van iemands leven (linkerkolom) in principe moord of doodslag. Indien het echter door een arts wordt gedaan, op verzoek van een patiënt en in overeenstemming met de voorwaarden van respectievelijk de Belgische of Nederlandse Euthanasiewet, dan kan het als rechtmatige euthanasie of hulp bij zelfdoding worden gezien. En ten slotte kan in

¹²⁵ Over behandelinstructies, zie C. VEZZONI, *Advance Treatment Directives and Autonomy for Incompetent Patients* (Lewiston: Mellen Press 2008), 250 p.

Nederland, en alleen daar, het leven van een pasgeborene onder strikte voorwaarden worden beëindigd (linkerkolom onderaan)¹²⁶.

F. BESCHRIJVEN VAN DE GEÏDENTIFICEERDE RECHTSREGELS

59. Vervolgens dienen de geïdentificeerde regels te worden beschreven, wat noodzakelijkerwijs betekent dat ze moeten worden geïnterpreteerd¹²⁷. Laat ik dit punt illustreren aan de hand van de interpretatie van een specifiek regelcomplex.

60. Eenieder die de Nederlandse en Belgische regels met betrekking tot euthanasie wil vergelijken, zal al snel ervaren dat de betekenis ervan in belangrijke mate wordt bepaald door de institutionele structuur en juridisch-politieke cultuur waarin ze zijn ingebed. Een mooi voorbeeld hiervan was destijds, kort na de invoering van de Belgische euthanasiewet, het debat over een vermeend subjectief recht op euthanasie. Artikel 14, eerste lid van de Belgische Euthanasiewet leert dat het verzoek van een patiënt en de (voorafgaande) wilsverklaring geen dwingende waarde hebben. Het tweede lid voegt daar nog aan toe dat “geen arts kan worden gedwongen euthanasie toe te passen”¹²⁸. De patiënt kan weliswaar om euthanasie vragen, maar de arts mag onder alle omstandigheden weigeren daarop in te gaan. De betekenis van dit alles lijkt duidelijk: een subjectief recht op euthanasie bestaat niet.

61. En toch verschilden juristen van mening over de betekenis van deze bepaling. Zo stelden de voorstanders van het bestaan van een subjectief recht op euthanasie dat aangezien euthanasie moet worden verricht door een arts, het noodzakelijkerwijs moet gaan om ‘normaal medisch handelen’. En precies daarom rust er op de arts ook een plicht om euthanaserend te handelen wanneer een patiënt daar legitiem om vraagt¹²⁹.

62. De tegenstanders van deze visie steunden voor hun interpretatie op een reconstructie van de juridische context waarin de Belgische Euthanasiewet moet worden gesitueerd, vooral die van gezondheidszorgwetgeving¹³⁰. Zij stelden dat de visie dat euthanasie ‘normaal medisch handelen’ betreft niet juist is, omdat op basis van het Belgisch recht medisch handelen alleen ‘normaal’ kan zijn als het

¹²⁶ Meer specifiek: op advies van een daartoe opgerichte commissie, zal het Openbaar Ministerie niet tot strafrechtelijke vervolging overgaan als er voldaan is aan de zorgvuldigheidseisen.

¹²⁷ Iedere beschrijving herbergt immers een interpretatie!

¹²⁸ Bovendien lezen we in het derde lid van datzelfde artikel 14 dat “geen andere persoon” (waarbij dan vooral gedacht moet worden aan gezondheidszorgbeoefenaren) kan worden gedwongen mee te werken aan het toepassen van euthanasie.

¹²⁹ Meer uitgebreid: E. DE KEYSER, “Euthanasie. Een medische handeling?”, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2003, 1067-1073.

¹³⁰ H. NYS, “Euthanasie in de Caritasziekenhuizen. Een juridische verheldering”, *Ethische Perspectieven* 2002/1, 29-31.

valt onder de reikwijdte van de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen 1967, in samenhang met de Code van Medische Plichtenleer¹³¹. Uit de lezing van beide regelingen zou dan kunnen worden afgeleid onder welke voorwaarden er een plicht tot medisch handelen bestaat. En die plicht tot behandeling strekt niet zover, zo zou dan blijken, dat daar ook medisch handelen onder valt waarvoor geen strikte medische aanleiding is, zoals veelal het geval is bij abortus, orgaantransplantatie, niet-therapeutisch medisch onderzoek, en ook bij euthanasie. Met andere woorden, voor ‘niet-normaal medisch handelen’ zou een specifieke juridische rechtvaardiging nodig zijn, die voor wat betreft euthanasie door de Euthanasiewet wordt geleverd. Voor de tegenstanders van een subjectief recht op euthanasie is dit bewijs voor het feit dat euthanasie niet als ‘normaal medisch handelen’ kan worden gezien en dat er dus geen subjectief recht op bestaat.

63. Het verschil van mening hierover lijkt inmiddels in kalmer vaarwater gekomen en ook juridisch wat genuanceerder¹³². en dat heeft vooral te maken met de evoluerende maatschappelijke en politieke opvattingen. Maar de sleutel voor begrip van het toenmalige debat ligt vooral besloten in de politiek-ideologische context, en had uiteindelijk betrekking op de vraag of katholieke ziekenhuizen de artsen werkzaam binnen hun muren konden verbieden om euthanasie te verrichten. Indien het namelijk gaat om ‘normaal medisch handelen’, is dat niet het geval. Indien het echter ‘niet-normaal medisch handelen’ betreft, zouden ze dat wel mogen. Het antwoord was alleen al daarom niet louter academisch omdat destijds zo’n 80 % van de Vlaamse ziekenhuizen aangesloten was bij het Verbond der Verzorgingsinstellingen (VVI¹³³). Dat Verbond maakte weer deel uit van Caritas Catholica Vlaanderen¹³⁴ – een christelijk geïnspireerd overleg- en samenwerkingsplatform op het terrein van welzijn en gezondheidszorg – dat een typische veruitwendiging was van de nog ten dele verzuilde Belgische politieke cultuur en maatschappelijke organisatie¹³⁵. Caritas Catholica en het VVI wilden zeggenschap behouden over de voorwaarden waaronder euthanasie in ‘hun’ organisaties wordt toegepast.

64. Kennis over deze politieke en sociale context was de natuurlijke habitat van Belgische juristen (en misschien zelfs van een deel van de bevolking): die zullen geen problemen hebben met het herkennen van de belangen die in deze discussie

¹³¹ Zoals uitgevaardigd door de Orde van Geneesheren, de overkoepelende beroepsorganisatie van medische beroepsbeoefenaren in België, waar praktiserende artsen verplicht lid van zijn.

¹³² H. NYS, “Euthanasie. Niemands recht en niemands plicht”, *Rechtskundig Weekblad* 2016, 842 en H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen* (Mechelen: Wolters Kluwer 2016), 359 (met verdere verwijzingen). Mijn suggestie is overigens niet dat er inmiddels een vrijwel unaniem gedeelde eenheidsvisie is over de betekenis van het recht ter zake.

¹³³ Inmiddels opgegaan in Zorgnet-Icuro.

¹³⁴ Inmiddels Caritas in Belgium.

¹³⁵ De liefhebber kan voor informatie hierover bijvoorbeeld terecht bij L. HUYSE, *Over politiek* (Leuven: Van Halewyck 2003).

op het spel staan. Desondanks wordt het vraagstuk veelal versluierd als een exclusief juridisch dispuut. Ook daarom was het voor buitenstaanders moeilijk om de kwestie in volle omvang te doorgronden. En bovendien zal een functionele vraagstelling je niet vanzelfsprekend in de richting van deze informatie sturen (hoewel die je ook niet ervan weg zal houden): de functionele vraagstelling, opgevat als een zoekmachine of heuristisch devies, heeft hier gewoon niets over te melden¹³⁶.

65. Wat de discussie overigens ook vanuit een vergelijkend perspectief bijzonder boeiend maakte, is dat die in Nederland – destijds samen met België en Luxemburg de enige landen met een euthanasiewet¹³⁷ – in gelijkaardige bewoordingen verliep. Er leek in eerste instantie sprake van een stevige overeenkomst, want ook in Nederland ging het over de vraag of euthanasie al dan niet ‘normaal medisch handelen’ betreft. En toch werd de Nederlandse euthanasiewet geheel anders geïnterpreteerd dan in België. Het debat was in vergelijking met België, waar de gewetensvrijheid van de arts als strijdveld fungeerde, minder ideologisch geïnspireerd, maar veeleer beleidsmatig: wat is de meest effectieve wijze om grip te krijgen op medisch handelen dat het levenseinde verkort, en wie moet de bevoegdheid hebben om dit soort handelen te normeren en controleren¹³⁸? Wanneer euthanasie als ‘normaal medisch handelen’ wordt gezien, zijn de artsen zelf eerst en vooral aan zet (en dan gaat het dus om professionele controle en regulering). Indien het ‘niet-normaal medisch handelen’ betreft, is het Openbaar Ministerie eerste initiatiefnemer (en dan komt het strafrecht al snel in het vizier). Desondanks werd het debat vooral uitgevochten met overeenkomstige juridische argumenten als die in België. De opvattingen leken zeer herkenbaar en zelfs vanzelfsprekend voor eenieder, en konden juist als gevolg daarvan al snel tot misverstanden en oppervlakkige conclusies leiden.

66. Hoewel ten aanzien van deze fase de vraag rijst of het om een rechtsvergelijkende activiteit gaat¹³⁹, kan het louter in kaart brengen van buitenlandse oplossingen voor bepaalde vraagstukken (inclusief het eventueel oplijsten van verschillen en overeenkomsten) wel degelijk nuttig zijn: buitenlands recht kan dan dienen als inspiratiebron voor beter begrip het eigen recht, of als inspiratie voor de hervorming ervan. Bij het maken van keuzes ter zake, door practicus (rechter, wetgever of beleidsmaker) of wetenschapper, zit dan bijna noodzakelijk een evaluatief moment. En de keuze die men maakt moet

¹³⁶ Vgl. tevens H. KÖTZ, “Abschied van der Rechtskreislehre”, 6 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, 505 (de functionele methode is een “black box”, die over dergelijke metajuridische exploraties als zodanig geen betrekking heeft).

¹³⁷ Inmiddels heeft Canada zich in het rijtje gevoegd.

¹³⁸ Voor een overzicht en standpunt H.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg* (Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2000), 325-326. Tevens J. GRIFFITHS e.a., *Euthanasia and Law in the Netherlands* (Amsterdam: Amsterdam University Press 1998), 285-298.

¹³⁹ Maar zie hierover de volgende paragraaf (III.G.).

dan uiteraard wel steunen op een toetsingskader op basis waarvan de evaluatie plaatsvindt¹⁴⁰.

G. VERGELIJKEN

67. Uit het voorbeeld dat in de vorige paragraaf werd gegeven, blijkt hoe reeds bij het beschrijven van twee rechtsstelsels de context van het recht op de voorgrond kan worden geplaatst: vrijwel identieke regelingen, gelijkaardige discussies, maar een geheel ander interpretatief kader dat de betekenis van het recht doet bepalen. Regels bestaan nu eenmaal niet alleen als tekst, *out of the blue*. Dit inzicht komt nog sterker naar voren bij de volgende onderdelen uit de onderzoeksopzet die ik in dit artikel presenteer, waarbij de vergelijking als zodanig uitdrukkelijk centraal staat. Daarover schreef Martin Shapiro reeds in 1981 dat:

“For the most part [comparative law] has consisted of showing that a certain procedural or substantive law of one country is similar to or different from that of another. Having made the showing, no one knows quite what to do next. Or, alternatively, comparison consists of presenting descriptions of a number of legal systems side by side, again with no particular end in view”¹⁴¹.

68. Met andere woorden: *so what?* Wat is eigenlijk de *vergelijkende* meerwaarde van dergelijke exercities? Om echt te vergelijken moet er inderdaad iets meer worden gedaan dan wat Shapiro constateert. Waar het dan om gaat, is de verzamelde gegevens ook met elkaar te confronteren en in verband te brengen, en een visie te geven op hun onderlinge verhouding vanuit de gekozen invalshoek¹⁴². Wat leren de uiteindelijk geconstateerde verschillen en overeenkomsten? Kunnen die in vergelijkende schema's worden gepast? Op basis van welke criteria? Expliciete vergelijking dwingt tot beantwoording van dergelijke vragen.

69. Voor het genereren van antwoorden op die vragen is veel ervaring en kennis nodig, die bij een beginnende en soms zelfs gevorderde onderzoeker niet vanzelfsprekend aanwezig zal zijn; het gaat om één van de meest veeleisende onderdelen van het rechtsvergelijkende werk. Mijn indruk is dat juist daarom heel wat rechtsvergelijkend onderzoek ergens tussen de hiervoor vermelde stappen F (beschrijven) en G (vergelijken) blijft steken. Dergelijk onderzoek kan echter erg

¹⁴⁰ In paragraaf III.H. ga ik hier nog nader op in.

¹⁴¹ M. SHAPIRO, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago: University of Chicago Press 1981), vii. In gelijkaardige zin, hoewel wat minder stellig onder woorden gebracht: J.C. REITZ, 46 *The American Journal of Comparative Law* 1998, 618-620.

¹⁴² R. WEBER, 12 *Dao: A Journal of Comparative Philosophy* 2014, 151-171. Vgl. F. GORLÉ e.a., *Rechtsvergelijking* (Mechelen: Kluwer 2007), 64-65.

waardevol en zelfs fundamenteel zijn. In die zin vind ik de empirische claim van de zojuist aangehaalde Shapiro (*“For the most part ...”*) wat al te somber.

70. Bovendien zal een deel van het vergelijkende werk al zijn verricht gedurende stap F (dat wil zeggen: de beschrijvende fase), ook al is dit vaak impliciet¹⁴³. Althans, bestudering en beschrijving van een buitenlands rechtssysteem zal onvermijdelijk verwijzen naar en doen reflecteren over de context van eigen of andere rechtssystemen; de bevindingen zullen dus al impliciet met elkaar zijn geconfronteerd en een (begin van) visie op de onderlinge verhouding gevormd. In dit stadium gaat het echter om dergelijke impliciete kennis ook te expliciteren in het licht van de in eerste instantie geconstateerde verschillen en overeenkomsten. Dat betekent dat in deze stap in de in de vergelijking betrokken rechtssystemen dus dieptestructuur moet worden aangebracht, wat in de rechtsvergelijking de uitdaging betekent om zich heel uitdrukkelijk met het ‘vreemde’ te verstaan. Daarmee komt de vraag hoe je een betekenisvolle omgang met de, vaak verborgen, vanzelfsprekendheden van dat andere rechtssysteem krijgt, centraal te staan. De onderzoeker moet daarbij beseffen dat hij, om de betekenis van het vreemde recht te achterhalen, zoveel als mogelijk de logica van de andere rechtsorde, *zoals die door de participanten daaraan zelf begrepen wordt*, moet blootleggen. Het gaat dan in het bijzonder om toepassing van een zogenaamd deelnemersperspectief¹⁴⁴, maar dan van rechtssystemen waarmee men niet vanzelfsprekend mee vertrouwd is (en dat maakt dan ook het verschil met wat ik in de vorige paragraaf beschreef). Het is in ieder geval een activiteit die een van de meest veeleisende onderdelen van het rechtsvergelijkend onderzoek betreft, en waarvan ik in paragraaf II al constateerde dat die volgens mij een belangrijke disciplinaire rechtvaardiging van de rechtsvergelijking is.

¹⁴³ Aldus ook F. VON BENDA-BECKMANN, “Ethnologie und Rechtsvergleichung”, 17 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1981, 310.

¹⁴⁴ W. EWALD, “Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?” 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1994-1995 195, 889. Zie verder het werk van Catherine Valcke: C. VALCKE, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems” 52 *American Journal of Comparative Law* 2004, 713-740 en “Comparative History and the Internal View of French, German, and English Private Law”, 19 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2006, 133-160. Tevens J.C. REITZ, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 628-630. Verder tevens paragraaf IV.A, over het belang van dat deelnemersperspectief voor een goed begrip van het recht, zie vooral H.L.A. Hart: H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 1961), 97-120. Tevens N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press 1978), 275-292 en N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (London: Edward Arnold 1980), 36-40. Twee mooie voorbeelden van rechtsvergelijkend werk dat uitdrukkelijk mede vanuit dergelijk deelnemersperspectief werd verricht (naast het hierboven vermelde werk van Valcke): J.Q. WHITMAN, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, 113 *Yale Law Journal* 2004, 1151-1221 en J.A. BOMHOFF, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse* (Cambridge: Cambridge University Press 2015), 250 p.

§ 1. HET DEELNEMERSPERSPECTIEF

71. Met dat deelnemersperspectief doel ik niet op de subjectieve mening van een individuele deelnemer aan het te onderzoeken rechtssysteem, maar op hoe ter plaatse het recht als publiek verschijnsel door de gemeenschap van juristen als zodanig wordt begrepen; het gaat dus om een vorm van collectief zelfbegrip “*from the legal point of view*”¹⁴⁵. Om dat collectieve zelfbegrip te reconstrueren lijken rapporten van rechtszaken, parlementaire stukken, de wijze waarop juristen argumenteren in publieke settings, enz. goed bruikbaar¹⁴⁶.

72. Daarbij is het belangrijk om mee te denken met het systeem zelf, om er zoveel als mogelijk de eigenheid van te begrijpen en er deelgenoot van te worden. Dit alles vereist dat je de te onderzoeken rechtssystemen in eerste instantie voor zichzelf moet laten spreken. Daarvoor moet je dus niet alleen gedetailleerde informatie verzamelen over procedurele structuren, de institutionele vormgeving, discursieve praktijken, het conceptueel raamwerk, enz. Maar om betekenis aan al die informatiebronnen te kunnen geven, moet ook de interactie ertussen worden begrepen. Er moet orde worden aangebracht in de data, en de onderzoeker moet aangeven wat de rechtsnormen volgens hem zeggen over de achterliggende ‘werkelijkheid’.

73. Het voorgaande betekent ook dat uitdrukkelijk de ruimte moet worden genomen om het verrichtte onderzoek te presenteren. Het gebruikte materiaal moet zich als het ware voor de ogen van de lezer ontplooien. Daardoor kan het voor zichzelf spreken en kan de lezer er deelgenoot van worden. Een dergelijke uitgebreide beschrijving heeft als bijkomend voordeel dat de lezer de gelegenheid krijgt ook zijn eigen oordeel over het onderzochte vraagstuk te vellen. Dit laatste is belangrijk omdat iedere interpretatie steunt op keuzes; de lezer moet het ‘bewijs’ voor de uiteindelijk door de onderzoeker ingenomen standpunten zelf kunnen beoordelen en alternatieve keuzes kunnen maken¹⁴⁷.

§ 2. EEN VOORBEELD

74. Maar hoe zien expliciete vergelijking en beschrijving in de hierboven bedoelde zin er *in concreto* uit? Om dat duidelijk te maken probeer ik de betekenis van het deelnemersperspectief opnieuw te illustreren¹⁴⁸, maar nu aan

¹⁴⁵ J. BELL, “Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law”, in M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research*, 167.

¹⁴⁶ Wat juristen als individu of in hun private capaciteit over het recht vinden, kan natuurlijk tevens bron van inspiratie zijn; het lijkt me echter minder representatief voor het collectieve zelfbegrip ervan. Maar ik geef toe: helemaal scherp zal het onderscheid tussen collectief zelfbegrip en individuele opinie niet steeds te maken zijn. Bovendien zullen er ook verschillende visies op dat collectieve zelfbegrip bestaan.

¹⁴⁷ Aldus ook V. PALMER, 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, 278.

¹⁴⁸ Zie eerder al het voorbeeld in de randnummers III.F.

de hand van de belangwekkende meso-studie door Mitchel de S.-O-l'E Lasser (verder: Lasser) over de argumentatieve en motiveringspraktijk van respectievelijk de Franse en Amerikaanse hoogste rechter, waarin in het bijzonder de relatie tussen transparantie en legitimiteit met betrekking tot die motiveringspraktijk centraal staat¹⁴⁹.

75. Een typisch functionele vraagstelling is bij dit type van onderzoek niet vanzelfsprekend: Lasser was het er immers niet primair om te doen te bestuderen hoe het recht of bepaalde instituties een specifiek probleem oplossen of benaderen¹⁵⁰. Hij bekeek het recht althans niet als een middel tot een doel (instrumenteel), maar wilde de argumentatieve praktijk van hoogste rechters in kaart brengen, vergelijken en verklaren, in het licht van ieders eigenheid. In plaats van die praktijk op functionele wijze in kaart te brengen, was het hem eerder om een open 'learning experience' te doen¹⁵¹. Daarbij werd de rechterlijke argumentatieve praktijk vooral gezien als de resultante van een wisselwerking tussen recht en samenleving, en als een veruitwendiging van een bredere cultuur, die door Lasser vooral werd blootgelegd door middel van wat hij zelf een 'literaire methode' noemt: hij ging ervan uit dat significante juridische teksten, in de vorm van wetgeving, rechtspraak, academische artikels, enz., een reflectie zijn van de context die ten grondslag ligt aan een bepaalde nationale rechtscultuur; de relevante argumenten, instituties en spelers, worden er allemaal in geëvoceerd¹⁵². Ook een functioneel schema dat als zoekmachine fungeert voor het identificeren van regels die min of meer specifieke maatschappelijke problemen beogen op te lossen, is maar van beperkte hulp als je je onderzoeksonderwerp niet exclusief kunt begrijpen als een oplossing voor een specifiek 'probleem'. Wel is er uiteraard een *tertium comparationis* nodig, en dat zijn hier dan de concepten transparantie en legitimiteit, in het licht waarvan de motiverings- en argumentatieve praktijk van hoogste rechterlijke instanties wordt onderzocht¹⁵³. Maar het is goed om te beseffen dat in dit geval die concepten zelf

¹⁴⁹ M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (Oxford: Oxford University Press 2004). Lasser betreft ook het Europese Hof van Justitie in zijn analyse, maar daar ga ik hier niet nader op in. Over wat in deze en de volgende paragraaf staat te lezen, zie eerder M. ADAMS, "De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste gerechtshoven. Rechtsvergelijkende beschouwingen", *Rechtskundig Weekblad* 2008-2009, 1498-1511 en M. ADAMS en D. BROEREN, "Rechterlijke argumentatie en transparantie. Een Rechtsvergelijkende exercitie", in D. Broeders, J.E.J. Prins e.a. (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (Amsterdam: Amsterdam University Press 2013), 166-206.

¹⁵⁰ Zie de randnummers III.B.1 en 2. Later kom ik hier op terug: zie de randnummers 105-108.

¹⁵¹ Over dergelijke 'cognitive control' versus 'learning experience', zie G. FRANKENBERG, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", 26 *Harvard International Law Journal* 1985, 413-414 en 421-426. Opnieuw uitgewerkt in G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique* (Cheltenham: Edward Elgar 2016), 281 p.

¹⁵² M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Deliberations*, 11-12.

¹⁵³ Dit sluit niet uit dat voor onderdelen van een onderzoeksproject een meer traditionele functionele benadering wel passend kan zijn.

tevens voorwerp van onderzoek zijn. Want weliswaar zijn ze in beide jurisdicties als abstract ideaal relevant, hoe ze in lokale *settings* betekenis krijgen, kan fundamenteel verschillen¹⁵⁴. Juist dat gegeven maakt dat dit soort vergelijkend onderzoek het tegendeel van lineair is, maar juist heel dynamisch.

76. Hoe dan ook zegt een functionele vraagstelling maar heel weinig over hoe de eigenlijke vergelijking moet worden verricht. Daarvoor is het immers nodig om, in dit geval, methoden te hanteren die je in staat stellen de bredere context van waarin de rechterlijke argumentatie fungeert, te bestuderen en tot leven te brengen. Je zou dat met een brede penseelstreek een *law-in-context approach* kunnen noemen, waarbij, afhankelijk van de doelstelling, je je minstens bewust moet zijn van de sociologische, historische, enz. gegevens en methoden die kunnen worden ingebracht¹⁵⁵.

77. Meestal wordt die context door lokale juristen als vanzelf en zelfs onbewust betrokken bij de interpretatie van regels, bij het begrijpen van de institutionele setting, bij het situeren van de relatie tussen regels, instituties en praktijken, enz. Een voorbeeld daarvan zagen we al in de vorige paragraaf¹⁵⁶. Maar op het moment dat je als vergelijker voor de uitdaging staat dat geheel te decoderen en de onderdelen met elkaar in verband te brengen ten behoeve van ‘buitenlandse’ lezers, moet die context worden geëxpliciteerd. Eerder, in paragraaf II, gaf ik al aan dat juist dit één van de belangrijkste uitdagingen van rechtsvergelijkend onderzoek is. Het vergelijken vereist dan dat je (delen van) de – sociale, politieke, economische, historische – context van het recht uitdrukkelijk thematiseert, en dat je er bovendien verslag van doet op een wijze die herkenbaar is voor binnen- én buitenstaanders van de bij de vergelijking betrokken rechtssystemen.

78. Terug naar Lasser. De hoofdlijn van zijn argumentatie gaat als volgt. In de VS geldt wat de argumentatieve en motiveringspraktijk van het *US Supreme Court* betreft: ‘*What you see is what you get*’. De Amerikaanse rechter maakt de motieven voor zijn beslissing immers hoogst persoonlijk en zeer uitgebreid publiek. En hij doet dat in dialoog met de bestaande rechtsgeleerde literatuur en zijn naaste collega’s (inclusief *dissenting* en *concurring opinions*), zich soms, zo lijkt het wel, direct richtend tot de Amerikaanse justitiabelen. De totaliteit van de argumentatieve rechterlijke praktijk ontplooit zich via de motivering aldus voor de ogen van de – al dan niet – professionele toeschouwer. Dit alles in

¹⁵⁴ J.A. BOMHOFF, “Comparing Legal Argument”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 89-90.

¹⁵⁵ Ook daarom heeft het geen betekenis om te spreken over dé methode van rechtsvergelijkend onderzoek. We hebben een “toolbox” nodig, waarvan de onderdelen (methoden) afhankelijk van doelstelling kunnen worden ingezet. Zie M. VAN HOECKE, *5 Law and Method* 2015, 1-35 en J. HUSA, ‘Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility’, 58 *Revue Internationale de Droit Comparé* 2006, 1095-1117. Zie tevens voor een overzicht van methoden: G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oxford: Hart Publishing 2014), 79-120.

¹⁵⁶ Zie de randnummers 105-108.

tegenstelling tot het Franse *Cour de cassation*, waarvoor de procedures grotendeels schriftelijk verlopen en die wat de publieke manifestatie van de uitspraak zelf betreft inderdaad veelal extreem kort zijn – meestal slechts een enkele alinea. Die uitspraken hebben steeds de vorm van een versluisend syllogisme waarin werkelijk niets merkbaar is van de moeilijke ethische en politieke keuzes die het Hof vaak onvermijdelijk heeft moeten maken.

79. Lasser heeft echter laten zien dat de Franse rechter in de beslotenheid van de raadkamer op een uitermate vrije wijze debatteert over een casus. Achter het officiële discours, dat zonder twijfel formalistisch en legalistisch is, schuilt een officieus systeem van open, ‘realistische’ discussie en debat tussen de magistraten onderling. En dat deels officiële, deels officieuze discours is weer ingebed in een ruimer geheel van bijpassende codes en instituties. In Frankrijk behelst dat ruimer geheel onder meer: de *conclusions* van de Advocaten-Generaal¹⁵⁷: concepten van uitspraken (*projets d’arrêt*), die weliswaar niet publiek zijn maar desondanks in het licht van hun mogelijke maatschappelijke consequenties druk worden bediscussieerd door de magistraten; de rechtsgeleerde *doctrine*; en een jaarlijks gepubliceerd verslag ten behoeve van de Minister van Justitie (de *Garde des Sceaux*) waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven ten aanzien van welke rechtsvragen het Hof moeilijkheden heeft ondervonden (inclusief suggesties aan het parlement ter verbetering). Al deze elementen ondersteunen en versterken elkaar en leiden uiteindelijk, wat de rechtspleging betreft, tot een systeem van wat we hier maar rechterlijke *checks and balances* noemen.

80. Zo fungeert in het bijzonder de rechtswetenschappelijke literatuur, *la doctrine*, als een intermediair. Enerzijds is *la doctrine* overduidelijk niet het product van de wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke macht. Anderzijds speelt die een niet te onderschatten centrale rol in het Franse rechtssysteem. Franse hoogleraren in de rechten zijn niet alleen ambtenaren in arbeidsrechtelijke zin, zij zijn ook allemaal opgeleid aan door de staat gefinancierde en geleide onderwijsinstellingen (evenals rechters, overigens; zie hieronder). Daarnaast schrijven ze annotaties bij rechterlijke uitspraken. Het belang van deze annotaties blijkt hieruit dat ze veelal worden gepubliceerd als addendum bij de rechterlijke uitspraak zelf (en in jurisprudentietijdschriften zoals *Recueil Dalloz* of *Juris-Classeur Périodique*) en dat ze voor Franse advocaten de primaire bron van informatie zijn over de betekenis van Franse rechterlijke uitspraken. De annotator duidt de betekenis en het belang van de uitspraak door deze te plaatsen in de context van ontwikkelingen in de rechtspraak en de samenleving. Daaruit blijken dan de grote verschillen van inzicht, bijvoorbeeld over wanneer wel of niet schadevergoeding toe te kennen aan benadeelden van een onrechtmatige daad.

¹⁵⁷ Of, voor wat betreft de Franse Raad van State, de *Commissaire du Gouvernement*. De conclusies van het Openbaar Ministerie/openbaar ministerie, die in de vakpers worden gepubliceerd, zijn vaak erg omstandig.

En daaruit blijkt dan dat de feitelijke en doctrinaire visie op de rol van de rechter een volstrekt andere is dan deze die uit het officiële beeld naar voren komt. Deze visie gaat zo'n honderd jaar terug, op de vernietigende kritiek van François Géný op de mechanische en formalistische rechtspraakpraktijk van zijn tijd¹⁵⁸.

81. Daarnaast manifesteert deze onofficiële visie op de rol van de rechter zich ook binnen de rechterlijke macht zelf. Zoals zojuist gesteld, voeren Franse magistraten, buiten het zicht van het publiek, expliciet sociaal georiënteerde discussies met elkaar over welke uitspraak de rechter in een gegeven zaak zou moeten doen. In dit afgeschermd discours spelen met name de *avocat général* (AG) en de *conseiller rapporteur* (CR) een belangrijke rol. De AG is lid van het *Ministère public* en treedt in rechtszaken op als *amicus curiae* die het maatschappelijk belang vertegenwoordigt. De AG presenteert zijn argumenten en adviezen in *conclusions*. De CR is lid van het *Cour*, neemt deel aan de beraadslagingen en stemt mee over de uitspraak. De CR presenteert zijn argumenten en adviezen in een *rapport*. Kortom, in elke zaak voor het *Cour* pleiten twee magistraten ten overstaan van hun collega's waarom in een gegeven zaak welke beslissing zou moeten volgen.

82. Voor een goed zicht op het zelfbeeld van de Franse magistratuur moeten we ook kort ingaan op de eigenschappen van de *conclusions* en de *rapports*. Beide documenten zijn goeddeels onttrokken aan de blik van het bredere publiek. De *conclusions* worden uiterst sporadisch gepubliceerd en de *rapports* zo mogelijk nog minder frequent, en dan nog in sterk verkorte vorm. En het is bijzonder moeilijk, zelfs voor wetenschappers, om toegang te krijgen tot *conclusions* en *rapports* die niet gepubliceerd zijn¹⁵⁹. Beide documenten zijn soms opvallend lang, en niet alleen in vergelijking met uitspraken van het *Cour*: een omvang van 50 pagina's is geen uitzondering, zeker wanneer die betrekking hebben op de zogenaamde *arrêts de principe* (in tegenstelling tot de *arrêts d'espèce*): dat zijn die arresten waarin nieuwe rechtsprincipes tot ontwikkeling worden gebracht. Alleen al dit gegeven maakt aannemelijk dat de argumentatieve praktijk van Franse rechters meer om het lijf heeft dan hun uitspraken doen vermoeden. Beide documenten besteden – anders dan de uiteindelijke uitspraak van de rechter – in hun analyse uitgebreid aandacht aan relevante nationale wetgeving, precedënten, academische publicaties (doctrine) en Europese (en soms buitenlandse) wetgeving of rechterlijke uitspraken. Beide documenten sluiten af met een advies over hoe het hof in de zaak dient te beslissen. Maar waar de AG zijn advies zeer duidelijk presenteert als een keuze voor ofwel verwerping van het beroep ofwel vernietiging van het bestreden arrest, is de CR minder stellig. Sterker, de CR stelt standaard minstens twee ontwerpuitspraken op (*projets d'arrêt*) en legt die aan zijn mederechters in de zaak voor¹⁶⁰. Deze ontwerpuitspraken vormen een

¹⁵⁸ Zie vooral zijn *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (tome I). Essai critique* uit 1899.

¹⁵⁹ Lasser kreeg die toegang wel.

¹⁶⁰ Deze stukken worden overigens nooit openbaar gemaakt.

concrete schriftelijke manifestatie van de interpretatieve ongewisheid die voor het *Cour de cassation* dagelijkse realiteit is en die een wezenskenmerk is van het verborgen, onofficiële discours van de Franse rechtspraak.

83. Waar Lasser vervolgens sterk de nadruk op legt, is de persoonlijke stijl die de AG en de CR in hun producties hanteren¹⁶¹. De magistraat is dan niet langer *la bouche de la loi* maar een individu dat een gefundeerde persoonlijke mening ventileert. Deze persoonlijke stijl markeert volgens Lasser het breekpunt met het onbetwiste en onbetwistbare gezag van de wet. De auteurs van de *conclusions* en *rapports* gaan ook uitvoerig in op de opvattingen van wetenschappers en commentatoren en vragen hiermee aandacht voor doctrinaire *controverses* en interpretatieverschillen. En juist de onloochenbare, rivaliserende, interpretatieve mogelijkheden die de AG en de CR expliciet benoemen, maken dat uitspraken van het *Cour*, ondanks hun strikt instrumentele voorkomen, een belangrijke normatieve rol spelen. Het is dan ook niet zo vreemd dat de AG en de CR in hun stukken altijd verwijzen naar relevante jurisprudentie. Om de medemagistraten te overreden, slaat de AG (of de CR) bovendien een toon aan van heilige verontwaardiging en gebruikt daarbij bijna stevast het woord *shocking*¹⁶². Via deze retoriek toont de magistraat zich een sociaal voelend individu in plaats van een passief instrument dat mechanisch de wet toepast.

84. Samenvattend is er in Frankrijk dus een scheiding van een open (officiële) en gesloten (officieuze) rechterlijke ruimte; de laatste onttrekt zich aan het oog van het publiek, komt niet tot uiting in de officiële motivering van de uitspraak, en de rechter beweegt er zich zeer vrij in, zeker niet formalistisch. De suggestie die hiervan uitgaat, is dat de ge- en beslotenheid van een deel van de Franse rechterlijke argumentatieve praktijk juist de ruimte biedt om alle beleidsimplicaties van mogelijke beslissingen te doordenken en te komen tot betere rechtspraak, of minstens tot beslissingen die aanvaard worden en die legitimiteit (begrepen als maatschappelijk draagvlak) hebben.

85. Andersom rijst de vraag of de situatie met betrekking tot het *US Supreme Court*, waar inhoudelijke argumentatie en publieke motivering vrijwel samen vallen – er bestaat dus nauwelijks scheiding tussen een open en een gesloten rechterlijke ruimte – nu juist niet aanleiding tot drogredeneringen geeft. Want om redenen van democratie, redenen althans die samenhangen met de onderscheiden domeinen van de wetgever (die er dan voor de beleidsoverwegingen zou zijn) en de rechter (die vooral de *principles* mag bewaken), zijn ook de Amerikanen geen liefhebbers van een al te beleidsgerichte rechter. Ook in de Verenigde Staten bestaan er namelijk dominante opvattingen over scheiding en evenwicht van machten, en over wie het toekomt de grote keuzes te maken ten behoeve van de

¹⁶¹ Deze stijl kenmerkt zich onder meer door het gebruik van de eerste persoon enkelvoud ('ik') en onderscheidt zich hiermee van het register van de gepubliceerde rechterlijke uitspraak zelf.

¹⁶² In het Frans *choquant*, vermoedelijk (Lasser citeert in zijn boek vrijwel alle Franse bronnen in Engelse vertaling).

samenleving. Met als gevolg dat ook daar de rechter de idee tracht hoog te houden dat hij het recht toepast veeleer dan dat hij het schept. En dus wordt uiteindelijk ook door de Amerikaanse rechter soms toneel gespeeld, geeft die nooit helemaal zijn beleidsoverwegingen bloot en handelt hij alsof hij in zijn arresten de onvermijdelijke en onverbiddelijke juridische waarheid proclameert. Een beetje zoals de Franse rechter, maar dan met meer omhaal van woorden. Je zou dus kunnen zeggen dat paradoxaal genoeg nu juist de professionele openheid van de Amerikaanse rechter er de oorzaak van is dat niet alles wat hij denkt gezegd kan worden. Rechterlijke legitimiteit is in de Verenigde Staten een van de doeleinden van publieke transparantie.

§ 3. DAADWERKELIJK VERGELIJKEN EN HET PERSPECTIEF VAN DE BUITENSTAANDER

86. Op het moment dat (een interpretatie van) de interne logica van dit alles is blootgelegd, moet de onderzoeker het eerder vermelde deelnemersperspectief uiteraard wel verlaten. Om te vergelijken moet hij althans een standpunt en begrippenkader hanteren dat de twee systemen overstijgt¹⁶³. Daarbij is het een uitdaging dat begrippenkader adequaat te positioneren ten aanzien van het onderzoeksobject. Zo laat het onderzoek door Lasser toe de vergelijking te verrichten ofwel vanuit het perspectief van de officiële (publieke) motivering van rechterlijke uitspraken door hoogste rechters in respectievelijk Frankrijk en de Verenigde Staten, ofwel vanuit het geheel van de argumentatieve praktijk van diezelfde gerechtshoven – dus inclusief het officiële, niet-zichtbare deel, dat vooral in Frankrijk een rol speelt. Als je dat in één of meerdere vergelijkende schema's wilt presenteren, wat Lasser uiteindelijk ook doet¹⁶⁴, kun je beter duidelijk maken hoe de onderzochte rechtssystemen zich tot elkaar verhouden.

¹⁶³ Zie hierover tevens onderdeel IV.A. Zie ook Valcke, die er in gelijkaardige zin op wijst dat “it is clearly not possible to do comparative law from a standpoint that is fully internal.” Zo is er alvorens het onderzoek aan te vatten noodzakelijk sprake van “preliminary stage-setting”, waarin de operatieve begrippen in eerste instantie vanuit een buitenstaandersperspectief worden gedefinieerd (zie tevens de paragraaf III.C.1 en 2). En achteraf moet er dan een overkoepelend buitenstaandersperspectief worden ingenomen. C. VALCKE, “Reflections on Comparative Law Methodology: Getting Inside Contract Law”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 28-29. Vergelijk Grosswald Curran, die eveneens het deelnemersperspectief bepleit, maar die er ook op wijst dat een zekere kritische distantie onvermijdelijk en zelfs noodzakelijk is om überhaupt te kunnen vergelijken: V. GROSSWALD CURRAN, “Cultural Immersion: Differences and Categories in US Comparative Law”, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 90-92.

¹⁶⁴ Zie M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Deliberations*, 243-259. Andere perspectieven dan die ik hier overneem, zijn, afhankelijk van de variabelen die je in de vergelijking binnenbrengt, mogelijk. Ik verwijs naar Lassers boek zelf, met name hoofdstuk 8.

87. Dat zou dan in de volgende schema's resulteren:

<i>Meer formeel:</i> Franse officiële uitspraak	⇔	<i>Meer open:</i> Amerikaanse officiële uitspraak
--	---	--

<i>Meer formeel:</i> Amerikaanse (on)officiële uitspraak	⇔	<i>Meer open:</i> Franse onofficiële uitspraak
---	---	---

88. De eerste vergelijking die Lasser maakt vertrekt vanuit de officiële en zichtbare rechterlijke motivering, en sluit goed aan bij de traditionele opvatting in de rechtsvergelijkende literatuur over deze aangelegenheid. Daarbij wordt de Franse rechterlijke uitspraak als extreem karig en weinig transparant opgevat (je krijgt nauwelijks toegang tot de inhoudelijke argumenten en het redeneerproces die aanleiding hebben gegeven tot de uiteindelijke beslissing), en de Amerikaanse als vooral open (i.e., deliberatief).

89. De tweede vergelijking vertrekt daarentegen mede vanuit de professionele *feitelijke* – onofficiële – Franse praktijk, waarbij de verrassende suggestie is dat de Amerikaanse argumentatieve praktijk meer gesloten – dus minder transparant – is dan de Franse. Dat is het resultaat van het inzicht dat onder de oppervlakte van de officiële Franse motiveringspraktijk open (transparante!) discussie, juist door die officiële geslotenheid, mogelijk blijkt; een mogelijkheid die in de VS volgens Lasser ontbreekt, omdat officiële en onofficiële argumentatieve praktijk goeddeels samenvallen, en zich beide tonen in de officiële motivering zelf. Zoals we in de volgende paragraaf zullen zien, is doordat in de tweede vergelijking meer argumentatieve lagen worden betrokken – de begrippen ‘meer formeel’ en ‘meer open’ worden aan het geheel van de officiële én onofficiële argumentatieve praktijk gekoppeld – het ook mogelijk om in de verklarende analyse de relatie te leggen tussen transparantie en verschillende opvattingen over wat legitimiteit in deze kan betekenen. Dat vereist een permanente perspectiefwisseling tussen betrokkenheid en afstand, tussen meer abstracte en lokale noties van transparantie en legitimiteit.

§ 4. DE ORGANISATIE EN PRESENTATIE VAN HET ONDERZOEK

90. Dit alles hangt nauw samen met de wijze waarop je je vergelijkend organiseert én presenteert: doe je dat op verticale wijze, dus consecutief, waarbij de rechtssystemen die je vergelijkt ieder voor zich worden gepresenteerd (waarna een apart hoofdstuk vergelijking volgt)? Of doe je dat op een horizontale wijze, door de thematiek die je bestudeert op te splitsen in kleinere onderdelen die je dan vervolgens voor ieder land binnen één hoofdstuk vergelijkend analyseert?

91. Een voorbeeld van de eerst vermelde (verticale) benadering is het onderzoek door Reijer Passchier, naar informele constitutionele verandering in respectievelijk Japan, de Verenigde Staten en Duitsland¹⁶⁵. Na uitgebreide *casestudies*, die ieder een hoofdstuk voor zich beslaan, wordt pas in het voorlaatste vergelijkende hoofdstuk een overkoepelend vergelijkend perspectief ingenomen: over de verschillende informele grondwettelijke veranderingsprocedures, over de verklaringen daarvoor, en over de legitimiteit en effectiviteit van dergelijke constitutionele verandering. Een voorbeeld van de laatst vermelde benadering is het onderzoek door Gerhard van der Schyff, over grondwettigheidstoetsing door de rechter in respectievelijk het Verenigd Koninkrijk, Nederland en Zuid-Afrika: de organisatie daarvan gaat via het pad van specifieke deelaspecten, zoals de relatie tussen toetsing en democratie, over de bevoegdheden en modaliteiten, en de consequenties ervan¹⁶⁶. Elk van die thema's wordt in een apart hoofdstuk onderzocht, en ieder betrokken rechtssysteem krijgt daarin een plaats¹⁶⁷.

92. In het licht van het feit dat ik de voorkeur geef aan beschrijvingen waarin de eigenheid van ieder te onderzoeken rechtssysteem als zodanig zo optimaal als mogelijk tot uiting komt – zich als het ware voor de ogen van lezer ontspint –, ben ik eerder voorstander van de eerstgenoemde verticale presentatie¹⁶⁸. Dat hangt ook samen met het feit dat een horizontale presentatie eigenlijk al een conclusie in zich draagt: het identificeren van de relevante op te nemen deelaspecten met betrekking tot een onderzoeksthema is immers *resultaat* van het onderzoek. Wellicht kan dit het voor de lezer moeilijker maken om zelf te beoordelen hoe de onderzoeker tot keuzes is gekomen. Maar tussenposities lijken me mogelijk, en wellicht lenen onderzoeksprojecten van beperkte omvang en met heel specifieke doelstellingen zich beter voor de vermelde horizontale benadering.

93. Ik voeg hier nog aan toe dat de presentatie van de onderzochte rechtssystemen bovendien moeten gebeuren in een taal die niet alleen herkenbaar is voor diegenen die tot de te beschrijven rechtssystemen zelf behoren, maar ook voor diegenen die daar buiten staan. Dat is een aangelegenheid die met zekere risico's gepaard gaat: “*The comparative lawyer is a go-between and risks being stranded in the no-*

¹⁶⁵ R. PASSCHIER, *Informal Constitutional Change: Constitutional Change without Formal Amendment in Comparative Perspective* (Leiden: dissertatie 2017), 249 p.

¹⁶⁶ Zie G. van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa* (Dordrecht: Springer 2010), 233 p.

¹⁶⁷ Collega M. Oderkerk wees er me terecht op dat ook bij een verticale aanpak vaak gelijke deelaspecten (paragrafen) worden onderscheiden, en hoofdstukken zoveel als mogelijk hetzelfde worden opgebouwd. Daardoor wordt de vergelijking al voorbereid en zal die ook op die onderdelen plaatsvinden.

¹⁶⁸ Reitz is voorstander van een horizontale organisatie: J.C. REITZ, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 633-634.

*man's-land in between the (...) legal systems [to be compared]*¹⁶⁹. En dergelijke vergelijking vereist ook iets meer dan te komen met een soort van neutrale taal – een Esperanto als het ware – voor rechtsvergelijkers:

“If the work of a comparative lawyer is to be a serious act of communication, then it has not only to be faithful to the system which it explains, it has to be understandable in the system to which that foreign system is explained. There is an act of communication which is not just a matter of translation. It is a deliberate attempt to relate the preoccupations of one system with the preoccupations of another, by way of drawing attention to similarities and differences. (...) In essence, the communication by comparative lawyers is bound to be significantly different in expression and even in content than the communication by the internal lawyer to an audience within his or her own legal community. Even if many of the steps of the methodology of enquiry are similar between the internal lawyer and the comparative lawyer, in that they are adopting a hermeneutical perspective, the methodology of communication must necessarily be different”¹⁷⁰.

H. VERKLAREN VAN VERSCHILLEN EN OVEREENKOMSTEN, IN HET LICHT VAN EEN DAAROP TOEGESPITSTE ONDERZOEKSVRAAG

94. De laatste twee stappen die ik in dit artikel presenteer lijken mij niet noodzakelijk onderdeel uit te moeten maken van ieder rechtsvergelijkend onderzoek die naam waardig. Of je verklaringen wil geven voor de overeenkomsten en verschillen die je in de onderzochte rechtssystemen aantreft, is een persoonlijke keuze. Hetzelfde geldt voor het evalueren van de vergelijkende bevindingen. In deze paragraaf ga ik eerst in op het verklarende aspect van de rechtsvergelijking, in de volgende paragraaf op het evaluatieve aspect.

95. We beginnen opnieuw bij de onderzoeksvraag, die voor verklaringen zal moeten zijn toegerust. Wie de literatuur met betrekking tot onderzoeksmethoden in de humane en sociale wetenschappen doorneemt, zal al snel ontdekken dat daar heel wat onderzoeksfuncties aan bod komen. Maar het grote onderscheid dat wordt gemaakt is dat tussen onderzoek dat wil beschrijven (dat zijn meer praktische vragen over ‘wat’ en ‘hoe’) en onderzoek dat wil verklaren (dan gaat het om meer theoretische vragen over het ‘waarom’). In die context heeft de Amerikaanse wetenschapsfilosoof Bas van Fraassen erop gewezen dat eigenlijk *alle kennis* beschrijvend (descriptief) is, maar dat je afhankelijk van de vraagstelling kennis kunt verkrijgen die louter en alleen descriptief is, of kennis

¹⁶⁹ J. BELL, “Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law”, in M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research*, 172-173.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 173.

waarmee je tevens in staat bent situaties te verklaren¹⁷¹. Anders gezegd: de vraagstelling stuurt in de richting van het vergaren van een bepaald type van informatie, en op basis van die informatie kan je eventueel tevens een situatie verklaren. Een functionele vraagstelling, zeker zoals door Zweigert en Kötz begrepen, is meestal niet toegespitst op genereren van verklarende kennis. De vraag: *‘How does foreign law protect parties from surprise, or from being held to an agreement not seriously intended?’*¹⁷², nodigt niet uit om informatie op dusdanige wijze te verzamelen dat die aanleiding kan geven tot een verklarende theorie. Daarvoor moet de onderzoeksvraag je ook uitdrukkelijk sturen naar *de context* van de regelgeving. Bijvoorbeeld: *‘Does foreign law protect parties from surprise when entering into agreements, and why or why not?’*

96. Laten we nu terugkeren naar het in de vorige paragraaf aangehaalde onderzoek naar de transparantie en legitimiteit van de argumentatieve praktijk van het Franse en Amerikaanse hoogste gerechtshof. Dat begint met een verwondering, misschien zelfs ergernis, over een nogal dominante Amerikaanse kritiek op de prototypische Franse (*civil law*) rechterlijke, argumentatieve praktijk. Die kritiek luidt dat *omdat* die zo ‘cartesiaans’ en weinig transparant is, die niet legitiem kan zijn. Ter illustratie haalt Lasser onder meer de gerenommeerde rechtshistoricus en comparatist Jack Dawson aan:

“The stereotyped style of modern [French judicial] opinions is a survival from a time that is now remote but has not been forgotten. I suggest that the ideas that inspired the style have also survived, that the principal function of a high court opinion is to demonstrate to the world at large that the high court in exercising its exceptional powers has arrogated nothing to itself and is merely enforcing the law [...] And so the format of the 1790’s continues unchanged. The majestic parade of whereas clauses is cast as an exercise in logic, working down inevitably from some provision of Code or statute. It is the law that speaks. The judges are merely its instrument, *though by now the whole process could be better described as extremely expert ventriloquism*¹⁷³”.

97. Dawson stoort er zich blijkbaar aan dat Frankrijks hoogste rechter zich door zijn apodictische stijl niet blootgeeft, dat hij niet toegeeft dat er bij iedere rechterlijke beslissing interpretatieve kwesties moeten worden beslecht en dat daarbij onvermijdelijk beleidsoverwegingen komen kijken. De Franse hoogste rechter (b)lijkt daardoor ongevoelig voor de sociale, economische en andere gevolgen van de rechterlijke beslissing. De Franse, en bij uitbreiding *civilian*, rechterlijke argumentatieve stijl gaat wat hem betreft zelfs hand in hand met “*the*

¹⁷¹ Hierover met name B. VAN FRAASSEN, *The Scientific Image* (Oxford: Oxford University Press 1980), 157. Tevens hierover H. OOST, *De kwaliteit van probleemstellingen in dissertaties* (Utrecht: dissertatie 1999), 58-59.

¹⁷² K. ZWIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 34.

¹⁷³ J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor: Michigan University Press 1968), 410-411. Zie M. DE S.-O.-L’E. LASSER, *Judicial Deliberations*, 4.

suppression of [internal] dissent” en *“deviant views”*¹⁷⁴. En als klap op de vuurpijl stelt Dawson dat dit alles *“raises [...] issues of personal responsibility”*¹⁷⁵: Franse rechters nemen wat Dawson betreft niet de verantwoordelijkheid *“for shaping, restating and ordering the doctrine that they themselves produce”*¹⁷⁶. In vergelijkende zin vormen de Franse rechters de antithese van de transparante, individueel verantwoordelijke, democratisch deliberatieve rechter in de *common law*. Franse rechters hebben wat Dawson betreft een legitimiteitsprobleem.

98. Dat is krachtige taal, en volgens Lasser is een dergelijk standpunt geen zuivere, want eenzijdige, analyse van de gang van zaken met betrekking tot het Franse *Cour de cassation*, en is er alle reden om het te herzien. Zeker, de motiveringen van het Franse Hof zijn veelal extreem kort – meestal slechts een enkele alinea – en hebben steeds de vorm van een versluierend syllogisme waarin werkelijk niets merkbaar is van de moeilijke ethische en politieke keuzes die het Hof vaak onvermijdelijk heeft moeten maken. Ze zijn bovendien anoniem¹⁷⁷ en unaniem, en geschreven in een ‘magistrale’ toon (derde persoon enkelvoud) zonder verwijzingen naar eerdere uitspraken over gelijkaardige zaken of naar tegenargumenten of alternatieve zienswijzen: de rechter als passief instrument van de wetgever die mechanisch uitspraken perst in de mal van de *Code civil*¹⁷⁸.

99. Maar in weerwil van de zeer wijd verbreide rechtsvergelijkende leer over deze aangelegenheid, zoals onder meer verwoord door de aangehaalde Dawson¹⁷⁹, scoort het Franse Hof wat Lasser betreft heel behoorlijk qua legitimiteit. Althans, er is geen reden om aan te nemen dat er geen algemene bereidheid is van justitiabelen om rechterlijke uitspraken als niet-dwingende gezagsuitingen te aanvaarden. In een dergelijke omschrijving van legitimiteit is bereidheid tot aanvaarding dus niet afhankelijk van transparantie in de zin van

¹⁷⁴ J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, 406.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, 415.

¹⁷⁷ De voorzitter van de beslissende kamer en de rapporterende rechter worden overigens wel bekend gemaakt.

¹⁷⁸ De vaste structuur van de arresten van het Hof is als volgt:

“Het Hof,
Gegeven [numerieke verwijzing naar wetsartikel(en)];
Overwegende dat ...;
Overwegende dat ...;
Verwerpt/vernietigt op deze gronden het beroep/de bestreden uitspraak.”

¹⁷⁹ Lasser haalt tevens Merryman en Kennedy aan als voorbeelden van de gangbare, en wat hem betreft onevenwichtige, Amerikaanse analyse van het Franse bestel. J.H. MERRYMAN, “The French Deviation”, 44 *American Journal of Comparative Law* 1996, 109-119 en D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge: Harvard University Press 1997). Ook bijvoorbeeld Markesinis komt tot eenzelfde conclusie als Dawson en anderen. Zie B. MARKESINIS, “A Matter of Style”, 110 *Law Quarterly Review* 1994, 607-628.

publieke argumentatieve openheid. Die afhankelijkheid kan in een specifiek rechtssysteem natuurlijk worden verondersteld of zelfs geëist, maar dat is wat anders dan in transparantie een universeel basiskenmerk van en noodzakelijke voorwaarde voor legitimiteit zien. Een rechtsbestel kan legitimiteit stoelen op andere gronden dan transparantie. En in Frankrijk is dat blijkbaar aan de orde.

100. Wat specifiek voor Frankrijk in het licht van een verklaring voor de verschillen en overeenkomsten belangrijk is, is dat rechterlijke legitimiteit is ingebed in een gecentraliseerd systeem van opleiding en selectie van diegenen die beroepsmatig zijn betrokken bij het Franse systeem van rechtspleging: slechts een klein percentage van de juristen die deelnemen aan het *concours* voor de magistratuur wordt toegelaten tot de tweeënhalfjarige opleiding van de *Ecole nationale de la magistrature* (ENM, gevestigd te Bordeaux en Parijs)¹⁸⁰. Dat systeem wordt gecontroleerd en georganiseerd door de Franse staat zelf!

101. Ook na toegang tot de opleiding blijft er een permanent systeem van strikte evaluatie en rangordening in de ENM, zoals dat tevens bestaat gedurende de strak georganiseerde en gereguleerde beroepsloopbaan zelf. In ieder geval wordt door dit competitieve systeem van selectie en evaluatie een overheidselite gecreëerd en onderhouden. Voor sociale rang en stand is bij dit alles geen plaats, zo luidt het ideaal: iedereen kan immers deelnemen aan de concoursen en alleen de beste worden uitverkoren om namens de Franse staat een publieke rol als rechter op zich te nemen. Het systeem is, dixit Lasser, democratisch en meritocratisch. Dit leidt er uiteindelijk toe dat er een representatieve band bestaat tussen de Franse staat en zijn burgers – *le peuple français*.

102. Dit alles is gekoppeld aan een typisch Franse ‘revolutionaire’ bronnenleer: rechtspraak is geen bindende bron van recht, mocht dat na de Franse revolutie ook niet meer zijn (de rechter is immers geen wetgevende macht, waar het primaat moet liggen), maar is wel een gezaghebbende bron van recht; het onderscheid tussen *la loi* en *la jurisprudence* is in die zin nog steeds een gezichtsbepalend element van het Franse rechtssysteem, hoe feitelijk achterhaald ook. Het punt is dat juist deze opvatting het volgens Lasser blijvend mogelijk maakt de rechtscheppende functie van de rechtspraak feitelijk te erkennen, juist omdat de rechtspraak formeel gezien niet bindend is. Ook de publieke anonimiteit van de beslissing heeft hierin trouwens een rol te vervullen: door de persoonlijkheid van de individuele rechter niet te accentueren in de uiteindelijke uitspraak zelf, wordt zijn of haar invloed in zekere zin ook gemitigeerd, en wordt de uitspraak eerder gezien als de objectieve beslissing van het Hof als zodanig dan als de beslissing van een bepaalde invloedrijke rechter met zekere politieke overtuigingen. Het gezag van de uitspraak kan dan gemakkelijker wortel schieten.

¹⁸⁰ [www.enm.justice.fr/ uses/lib/5778/concours_1959_2010.pdf](http://www.enm.justice.fr/uses/lib/5778/concours_1959_2010.pdf)

103. Het Franse rechterlijke apparaat is zo gezien geconstrueerd als een samenhangend geheel dat is ingebed in de institutionele en normatieve homogeniteit van het Franse staatsbestel, waarin het hoogst selectieve en meritocratische Franse onderwijs- en professionele bestel een cruciale rol heeft te vervullen. Het Franse rechterlijke apparaat beoogt de idealen van de Franse staat en samenleving te representeren, dat wil zeggen, de “*key French notions*” van “*centralization, hierarchy, and expertise*”¹⁸¹. Het zijn idealen die al sinds de Franse revolutie en vooral de dagen van Napoleon de Franse samenleving en haar rechtssysteem doordoesen. Aldus is het Franse systeem van rechtspleging gedacht op grond van een wederkerige relatie tussen de wijze waarop de rechterlijke beslissing publiek wordt gemaakt en de achterliggende institutionele, normatieve en ideologische structuur van de rechterlijke macht en de republikeinse, unitaire, Franse staat.

104. De *legitimiteit* van het Franse rechtspraakssysteem is op grond van het voorgaande gegrondvest op twee bronnen, en in die twee bronnen ligt tevens de verklaring voor de Franse gang van zaken besloten. De eerste bron is vooral theoretisch van aard, en betreft het primaat van de wetgever¹⁸². De tweede bron is het meritocratische, republikeinse ethos en de structuur van de Franse staat. De Franse staat heeft een systeem opgetuigd voor de selectie, vorming en promotie van zijn ambtenaren, onder wie magistraten. Dit systeem, evenals het gehele Franse staatsonderwijs, is in beginsel gratis en staat daarmee open voor iedereen, en iedereen kan dus gebruik maken van de geboden mogelijkheden om zich te ontwikkelen. In die zin is ‘elite’ een betrekkelijk begrip en zou het ambtenarenapparaat, waaronder niet-gekozen rechters, kunnen worden gezien als een tamelijk representatieve afspiegeling van de samenleving. Daarnaast is de staat centralistisch georganiseerd en geldt sinds de Revolutie dat die geen onderscheid maakt tussen zijn burgers: het volk is een eenheid. Legitimiteit lijkt in Frankrijk uiteindelijk vooral een functie van *autorité* en representatie, steunend op uitspraken die inhoudelijk draagvlak hebben. Iets wat dan weer bereikt wordt door een belangrijk deel van de rechterlijke argumentatieve praktijk aan het publieke zicht te onttrekken.

105. Terug naar de onderzoeksvraag: de crux zit hem dus in de formulering ervan. Die zou in het licht van een verklarende doelstelling namelijk niet moeten zijn: a) hoe gaan verschillende rechtssystemen om met het probleem van legitimiteit in de context van een beperkte rechterlijke motivering?, maar wel: b) hoe kunnen

¹⁸¹ M. DE S.-O.-L’E. LASSER, *Judicial Deliberations*, 180.

¹⁸² Hier zit ook een procedureel aspect aan: de rechterlijke macht heeft namelijk de bevoegdheid om vragen onder de aandacht te brengen van de wetgever, aanvankelijk door middel van een *référé législatif* (een verzoek van de rechter aan de wetgever om een bepaalde netelige interpretatieve kwestie via wetgeving af te handelen), tegenwoordig door middel van voorstellen tot wetwijzigingen in het jaarverslag van het *Cour*. Overigens legt het *Cour* in het jaarverslag ook in het algemeen verantwoording af voor zijn rechtsprekende activiteiten; zo zijn er statistische gegevens in te vinden.

de Franse en Amerikaanse rechterlijke motivering begrepen en verklaard worden, en wat is in die context de betekenis van het begrip legitimiteit¹⁸³?

106. De eerste vraag lijkt het uitgangspunt van Dawson. Die vraag vooronderstelt een ‘probleem’ van legitimiteit, veroorzaakt door een gebrek aan transparantie in de motivering. De vraag is in die zin ook functioneel à la Zweigert en Kötz, omdat legitimiteit als een concept wordt gehanteerd dat noodzakelijkerwijze een functie is van gezag, als iets dat je moet verwerven of verdienen door middel van de officiële motivering en een transparante presentatie daarvan. Dawson kijkt naar Frankrijk met Amerikaanse ogen, waar echter andere aannames en processen gelden. In Amerika wordt elke rechterlijke opinie gepubliceerd en ondertekend door een rechter die zijn/haar redenering uitwerkt in een zeer gedetailleerde, feitelijke en juridische analyse. Deze transparantie is zoals gezegd bepalend voor de aard van de legitimiteit van rechterlijke besluitvorming; die staat of valt in belangrijke mate met de logica en argumentatie van het ondertekende oordeel zelf, en niet zoals in Frankrijk met de structurele legitimiteit van het gerechtelijke apparaat als geheel waarbinnen dit oordeel wordt geproduceerd.

107. Dawson hanteert een benadering die gestuurd wordt vanuit de zojuist geformuleerde eerste onderzoeksvraag, en vertrekt van een lokale Amerikaanse opvatting van rechterlijke legitimiteit. Die opvatting leidt tot een zoektocht naar overeenkomsten met het eigen, dat wil zeggen Amerikaanse stelsel, en ieder lokaal-cultureel aspect van de rechtsregel of situatie dreigt op voorhand beperkt te worden tot een beschrijving in functie van het ‘probleem’ dat moet worden opgelost; recht als ‘*social engineering*’, met in dit geval de publieke manifestatie van de rechterlijke uitspraak als enige bron van rechterlijke legitimiteit. Dawson kan maar niet begrijpen waarom de rechterlijke macht in Frankrijk motiveert zoals hij doet. En als men hem de vraag zou stellen hoe de Franse rechtbanken met hun rechterlijke motiveringspraktijk weg kunnen komen, zal zijn antwoord noodzakelijk moeten zijn: niet! En toch doen ze het.

108. De tweede hierboven genoemde onderzoeksvraag vertrekt daarentegen vanuit een openheid waarbij het begrip legitimiteit pas betekenis krijgt in de context van het onderzoek zelf, waarbij de rechtspleging als onderdeel van een breder maatschappelijk-cultureel fenomeen wordt begrepen. Het onderzoek wordt niet op voorhand gestuurd door een opvatting die ervan uitgaat dat rechterlijke transparantie het vanzelfsprekende antwoord op legitimiteitsvragen is.

¹⁸³ Vgl. ook B. GOETSCHALCKX, “‘In Good Faith’: Re-imagining Comparative Law Discourse”, in N. Huls, M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.) *The Legitimacy of Highest Courts’ Rulings* (The Hague/Cambridge, TMC Asser Press/Cambridge University Press 2009), 91–110.

I. EVALUEREN

109. De laatste stap die ik hier presenteer, is die van het evalueren. Voor Zweigert en Kötz lijkt dat een vanzelfsprekend onderdeel van de taak van de rechtsvergelijker te zijn. “*Comparative law is an ‘école de vérité’ which extends and enriches the ‘supply of solutions’ (...) and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the ‘better solution’ for his time and place*”.¹⁸⁴ Sterker nog “*comparative law offers the only way by which law can become international and consequently a science*”.¹⁸⁵ Van rechtsgeleerdheid naar rechtswetenschap met andere woorden, en dat is vooral van belang omdat de rechtsvergelijking dan als gids kan dienen voor het formuleren van *beter recht*, om sociale conflicten te voorkomen of beter te reguleren¹⁸⁶.

110. Mij lijkt dat evalueren geen noodzakelijke, op zichzelf staande doelstelling van een betekenisvolle rechtsvergelijking hoeft te zijn. Althans niet voor strikt academisch gedreven rechtsvergelijkend onderzoek (onderzoek dat wordt gedaan ‘*for its own sake*’). In ieder geval kun je op basis van rechtsvergelijking als zodanig geen waardeoordeel vellen¹⁸⁷. Daarmee is het natuurlijk niet uitgesloten dat je evaluatie als doelstelling in je onderzoeksoptzet meeneemt, maar dan is het uiteraard wel van belang om aan te geven op basis van welke – morele, economische, juridische, enz. – criteria je de evaluatie verricht^{188 189}.

¹⁸⁴ K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 15. Deze stevig geformuleerde stellingname van Zweigert en Kötz komt volgens mij voor een deel voort uit wat ik in randnummer 32 constateerde. Zie verder K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 46-47.

¹⁸⁵ K. ZWIEGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 15 (cursivering toegevoegd).

¹⁸⁶ Zie tevens M.V. ANTOKOLSKAIA, “The ‘Better Law’ Approach and the Harmonisation of Family Law”, in K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (Antwerpen: Intersentia 2003), 159-182.

¹⁸⁷ Zo ook J. HAGE, “Wrongful life en rechtswetenschap”, in E. Engelhard, T. Hartlief en G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband* (Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2004), 221-250. Tevens J.C. REITZ, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 624-625.

¹⁸⁸ Waarbij ik even voorbij ga aan de vraag of de functie van een te evalueren regel of institutie op zichzelf genomen de moeite waard is. Hierover tevens J. HILL, “Comparative Law, Law Reform, and Legal Theory”, 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 1989, 104 (Hill is ook overigens zeer kritisch over de wijze waarop Zweigert en Kötz evaluatieve doelen materialiseren). Een interessant voorbeeld van evaluatieve rechtsvergelijking, biedt Jacques du Plessis, die het recht met betrekking tot ongerechtvaardigde verrijking structureert aan de hand van vijf mogelijke evaluatieve criteria: J.E. DU PLESSIS, “Comparison and Evaluation: Lessons from Enrichment Law”, 76 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2012, 947-966.

¹⁸⁹ Als het doel van de vergelijking lokale rechtshervorming is, komt tevens het onderwerp van *legal transplants* in het vizier. De literatuur hierover is overvloedig, hoewel er maar weinig bekend is over onder welke voorwaarden zich afstotingsverschijnselen voordoen, dan wel er een *transplant match* is. Het debat werd geïnitieerd door Alan Watson. Zie zijn, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press 1974), 1-20. Verder tevens de gedachtewisseling tussen Legrand en Watson: P. LEGRAND, “Impossibility of ‘Legal Transplants’”, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, 111-124 en A. WATSON, “Legal Transplants and European Private Law”, 4.4 *Electronic Journal of Comparative*

111. Als het gaat om beleidsvoorbereidend onderzoek, zeker wanneer gefinancierd door een externe opdrachtgever, kan evalueren een uitdrukkelijk onderdeel zijn van de taakstelling. Maar het kan ook dat de opdrachtgever slechts vraagt om een overzicht van de juridische mogelijkheden met betrekking tot een specifiek vraagstuk, op basis waarvan die beleidsmaker zelf de evaluatie kan doen en keuzes maken. Rechtsvergelijking is dan een potentiële bron van argumenten of technieken die door onderzoek goed in kaart moeten worden gebracht^{190 191}. Maar wat het ook zij, het kan niet de taak van de onderzoeker zijn om reeds genomen beleidsbeslissingen met het zegel van de wetenschap te bekrachtigen¹⁹².

112. Stel nu dat je inderdaad tot evaluatie over wilt gaan. Dan zou je de vraag kunnen stellen of dat eigenlijk nog wel mogelijk is als je als uitgangspunt neemt, zoals ik heb gedaan, dat de onderzochte rechtssystemen in eerste instantie op de eigen merites onderzocht moeten worden; dus voor zichzelf moeten spreken. Indien een rechtssysteem alleen maar ten volle kan worden begrepen van binnenuit, als het onvermijdelijke product van de wisselwerking tussen recht en samenleving, welke mogelijkheid voor kritiek of evaluatie heb je dan nog? Wordt het recht dan namelijk niet als een feitelijk gegeven gezien dat vanuit de eigen logica sluitend wordt gelegitimeerd?

Law (www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html). Verder G. TEUBNER, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences", 61 *Modern Law Review* 1998, 11-32; D. NELKEN, "Comparatists and Transferability", in P. Legrand en R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press 2003), 437-466; M. GRAZIADEI, "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 441-475; M. GRAZIADEI, "Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge", 10 *Theoretical Inquiries in Law* 2009, 723-743; G. FRANKENBERG, "Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited", 8 *International Journal of Constitutional Law* 2012, 563-579; M. SIEMS, "The Curious Case of Overfitting Legal Transplants", in M. Adams en D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (Oxford: Hart Publishing 2014), 133-146; en M. SIEMS, "Malicious Legal Transplants", 38 *Legal Studies* 2018, 103-119.

¹⁹⁰ Rechtsvergelijking als *a history of examples en errors*, aldus H. BOTHA, "Comparative Law and Constitutional Adjudication: A South African Perspective", 55 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 2007, 569-598.

¹⁹¹ Dat in kaart brengen zelf impliceert overigens al een begin van evaluatie, in die zin dat de keuze die wordt gepresenteerd steeds ook wordt verricht in het licht van wat de beste of meest wenselijke interpretatie is. Vaak beseffen we dat echter niet, wat dan aanleiding geeft tot redeneringen waarin het recht zichzelf van binnenuit lijkt te legitimeren. Zie hierover tevens CH. MCCRUDDEN, "Legal Research and the Social Sciences", 122 *Law Quarterly Review* 2006, 635.

¹⁹² D. PIETERS, *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa* (preadvies ten behoeve van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking) (Deventer: Kluwer 1992), 46-48. Over de relatie beleidsmaker en rechtsvergelijking, zie ook N. FLORIJN, *Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces* (Zwolle: Tjeenk Willink 1993), 254 p.

113. Dergelijke stellingname lijkt me te steunen op een misverstand. Het is volgens mij perfect mogelijk om kritisch te zijn, dus ook als buitenstaander, over, bijvoorbeeld, het hiërarchische, elitaire, gecentraliseerde en uniformerende Franse maatschappijmodel, waarvan uiteindelijk ook de officiële rechterlijke motiveringspraktijk, zo bleek, een representatie is. Het is wel zo dat de vergelijker geduld moet oefenen: het oordeel over het vreemde recht, in het licht van de criteria die je voor de evaluatie hanteert, moet immers worden uitgesteld; het kan pas in beeld komen wanneer dat vreemde recht doorgrond is en de interne logica ervan wordt blootgelegd. Vandaar ook de terechte allergie die Lasser heeft met betrekking tot oordelen zoals die van Dawson¹⁹³. Juist in dat geval was het vingertje al geheven voordat duidelijk was of er eigenlijk wel een zonde was begaan.

IV. NOG ENKELE KWESTIES

114. Nadenken over opzet en structuur van rechtsvergelijkend onderzoek, en over wat in methodische zin daarbij aan de orde kan komen, confronteert ons als vanzelf met een aantal fundamentele vragen over wat we onder rechtsbronnen verstaan en over de disciplinaire identiteit van juridisch onderzoek. Omdat opvattingen hierover grote invloed hebben op de wijze waarop de onderzoeksopzet én de vergelijking tot ontwikkeling worden gebracht, lijkt het mij goed deze vragen te (h)erkennen, en er apart op in te gaan. Maar alvorens dat te doen, ga ik eerst nog in op een aangelegenheid die het een en ander duidelijk maakt over de specifieke aard van de rechtsvergelijking.

¹⁹³ Zie eerder reeds de randnummers 96 e.v. In zijn boek *Judicial Deliberations* is Lasser zelf trouwens nogal onkritisch over de motiveringspraktijk van het Franse *Cour de cassation* (en nogal kritisch over de dito Amerikaanse praktijk). Dat is opmerkelijk, zeker nu vanuit Frankrijk zelf er wel degelijk kritiek geleverd wordt. Lees bijvoorbeeld de toenmalige *premier président* van het Franse *Cour de cassation*, Guy Canivet, in het dagblad *Le Monde* van 27 september 2006: “Il faut rendre intelligible le débat juridique pour la société [....] Le juge américain rédige sa décision avec une optique pédagogique. Les nôtres sont écrites par des juristes pour des juristes.” Nieuw is die kritiek overigens niet. Reeds in 1974 lieten André Tunc en Adolphe Touffait – respectievelijk rechtswetenschapper en hoge magistraat – een gelijkaardig geluid horen. Zie A. TUNC en A. TOUFFAIT, “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation”, 73 *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1974, 487-508. Ook de bewering van Lasser dat het systeem van *concours* een meritocratische elite oplevert, kan worden bekritiseerd. De socioloog Pierre Bourdieu heeft bijvoorbeeld blootgelegd hoezeer een systeem van *concours* nu juist ook bevestigend kan werken voor de zittende maatschappelijke elite: P. BOURDIEU, *La noblesse d'état. Grandes écoles et esprit de corps* (Paris : De Minuit 1989), 576 p.

A. TAAL VAN BESCHRIJVING EN DE SPECIFIEKE AARD VAN DE RECHTSVERGELIJKING

115. Over juridisch vertalen is al veel gepubliceerd, en ik wil dit hier niet opnieuw uitgebreid aan de orde stellen¹⁹⁴. Wel is er een aangelegenheid die daar nauw mee samenhangt, en die ons veel duidelijk maakt over wat het verrichten van rechtsvergelijking zo kenmerkt. Het gaat dan in het bijzonder om de vraag met behulp van welk begrippenkader je verslag doet van je onderzoeksbevindingen. Deze kwestie is al aan de orde gekomen via een andere route: namelijk de vraag wanneer de vergelijker een deelnemers- dan wel buitenstaandersperspectief moet innemen ten aanzien van het te onderzoeken onderwerp¹⁹⁵. Dit kan nu nader worden geïllustreerd aan de hand van een debat dat zich in de jaren zestig van de vorige eeuw ontplooptte in de context van rechtsantropologisch onderzoek¹⁹⁶.

116. De concrete aanleiding daarvoor was een studie door de rechtsantropoloog Max Gluckman over het proces van geschillenbeslechting bij de Barotse-stam in het toenmalige Noord-Rhodesië (het huidige Zambia)¹⁹⁷. Gluckman koos ervoor

¹⁹⁴ Hierover bijvoorbeeld: G.R. DE GROOT, "Legal Translation", in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar 2006), 423-433; O. BRAND, "Language as a Barrier to Comparative Law", in F. Olsen, A. Lorz en D. Stein (eds.), *Translation Issues in Language and Law* (Basingstoke/New York, Palgrave MacMillan 2009), 18-34; A. DOCZEKALSKA, "Comparative Law and Legal Translation in the Search for Functional Equivalents: Intertwined or Separate Domains?", 16 *Comparative Legilinguistics* 2013, 63-75; J. HUSA, "Translating Legal Language and Comparative Law", *International Journal for the Semiotics of Law* 2016, 1-12; V.G. CURRAN, "Comparative Law and Language", in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 675-707; S. SARCEVIC, *New Approach to Legal Translation* (The Hague: Kluwer Law International 1997); en F. OST, "Law as Translation", in M. Adams en D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law*, 68-86.

In de context van de Europese Unie rijzen er bijzondere uitdagingen: vertalen van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie naar elk van de officiële talen van de Unie is immers tevens een vertaling die het geldende recht representeert, en heeft daarmee dus verplichtende betekenis. Bijvoorbeeld: hoe kan een eengemaakt Europees contractenrecht, zoals het *Draft Common Frame of Reference*, garanderen dat de regels ervan kunnen fungeren in de verschillende contexten van de rechtssystemen waarin ze aansluiting moeten vinden? Zie hierover K. MCAULIFFE, "Translating Ambiguity", 9 *Journal of Comparative Law* 2014, 65-78 en G. DANNEMANN, "In Search of System Neutrality", in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 96-120.

¹⁹⁵ Zie de paragrafen III.G.1-3.

¹⁹⁶ Eerder hierover M. ADAMS, "Eenvoud en verleidelijkheid. Rechtsvergelijkende analyse en taal van descriptie", *Ars Aequi* 2011, 796-801.

¹⁹⁷ M. GLUCKMAN, *The Ideas in Barotse Jurisprudence* (Manchester: Manchester University Press 1967) (tweede editie, in eerste instantie gepubliceerd in 1965 als de "Storrs Lectures on Jurisprudence at Yale Law School"); M. GLUCKMAN, "Reappraisal 1966", in M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)* (Manchester: Manchester University Press 1967) (eerste editie gepubliceerd in 1955), 368-418; en M.

zijn begrippenkader voor het beschrijven van zijn inzichten deels te ontleen aan het Engelse recht¹⁹⁸: “*I consider that very many of [the Barotse legal] concepts can, without distortion after careful and perhaps lengthy description and discussion, be given English equivalents (...)*”¹⁹⁹.

117. De kritiek die hij op deze werkwijze kreeg, in het bijzonder van Paul Bohannan, lag voor de hand: het vocabularium van het Engelse recht is weliswaar geschikt voor het beschrijven van dat Engelse rechtssysteem, maar niet voor het beschrijven van het volksrecht (“*folk law*”) van een Afrikaanse stam²⁰⁰. Voor dat laatste moeten zoveel mogelijk systeemeigen begrippen (“*native terms*”) en categorieën worden gebruikt, aldus Bohannan. De eigenheid van het Barotse systeem van geschilbeslechting mag immers niet worden geforceerd op het procrustesbed van de normatieve concepties van een andere rechtscultuur. Iets dergelijks geeft aanleiding tot tunnelvisie en misleiding: “[I]t simulates understanding through the use of a familiar word. Such simulation leads – almost inevitably, I think – to an assumption of comparability of everything called by the same word – and this is a difficulty that is almost impossible to correct”²⁰¹.

118. Gluckman leek het ten dele met Bohannan eens te zijn²⁰². Want ook volgens hem diende de rechtsantropoloog het te onderzoeken systeem zoveel als mogelijk in eigenheid te beschrijven. En in de mate dat voor de oorspronkelijke Afrikaanse terminologie geen redelijk equivalent zou bestaan in het Engelse recht, moest de oorspronkelijke terminologie zelfs prevaleren. Maar voor zover er wel degelijk een equivalent bestaat, was er volgens hem geen enkel probleem om bijvoorbeeld Engels- of zelfs Romeinsrechtelijke begrippen te gebruiken, eventueel voorzien van uitgebreide omschrijving van het oorspronkelijke Barotse-concept. Sterker nog, dergelijke aanpak had zelfs de voorkeur. “[I]t seems to me that the refinements of English, and in general European, jurisprudence provide us with a more suitable vocabulary than do the languages of tribal law”²⁰³. En schrijvend over concepten van “*ownership*” stelde hij: “(...) *I consider that when writing in English, the use of the English equivalent term, general and multifarious in its common-sense meaning, brings out implications in the English meaning of ‘owner’ as well as perhaps a significant core of similarity in the Barotse meaning*

GLUCKMAN, “Concepts in the Comparative Study of Tribal Law”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society* (Berkeley: University of California Press 1997), 349-373. Hierover tevens S.F. MOORE, “Comparative Studies”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 341-346.

¹⁹⁸ En in secundaire orde het Romeins-Hollandse recht uit zijn moederland Zuid-Afrika.

¹⁹⁹ M. GLUCKMAN, *The Judicial Process*, 380-381.

²⁰⁰ P. BOHANNAN, “Review of *The Ideas in Barotse Jurisprudence*”, 36 *Kroeber Anthropological Society Papers* 1967, 94-101 en P. BOHANNAN, “Etnography and Comparison in Legal Anthropology”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 401-418.

²⁰¹ P. BOHANNAN, “Etnography and Comparison in Legal Anthropology”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 403.

²⁰² M. GLUCKMAN, “Concepts in the Comparative Study of Tribal Law”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 349-373.

²⁰³ *Ibid.*, 367.

of mung'a. The alternative in the extreme is to make communication impossible"²⁰⁴. Op basis van gekende begrippen is het niet alleen mogelijk om op een efficiënte wijze over het vreemde bestel te communiceren, het brengt bovendien beter de overeenkomsten en verschillen tussen de te vergelijken rechtssystemen in beeld!

119. Zo bekeken leek het verschil van inzicht tussen beide stellingen vooral een kwestie van smaak. En dan zou je kunnen zeggen dat ze allebei een beetje gelijk hebben, maar dat Gluckman meer pragmatisch is dan Bohannan: het is in de praktijk onmogelijk om een ander systeem volledig neutraal te beschrijven en er is nu eenmaal een taal van communicatie nodig. Volgens Gluckman mag je dan best een taal gebruiken die herkenbaar is voor de vreemdeling; een taal die bovendien de mogelijkheid tot nuancering biedt. Zolang je je maar bewust bent van de problemen die door deze benadering kunnen ontstaan. Bohannan meent daarentegen dat dit allemaal leuk en aardig is, maar zoiets kan aanleiding zijn voor (te veel) verwarring en tunnelvisie (*bias*). Beide zienswijzen zetten, zo lijkt het, slechts de nadelen van de andere benadering in de verf.

120. En toch is er volgens mij meer aan de hand. Op de achtergrond sluimeren althans ook verschillende opvattingen over wat de uiteindelijke bedoeling van respectievelijk rechtsantropologisch of -vergelijkend onderzoek is. Gluckman was vooral geïnteresseerd in expliciete vergelijking en in het daardoor bereiken van een hoger abstractieniveau van analyse; hij wilde aldus onderzoeken of de ideeën die ten grondslag liggen aan het bestel van geschillenbeslechting van de Barotse, ook een verder reikende en meer algemene betekenis hebben dan voor de Barotse alleen. Voor Gluckman was het juridisch-conceptuele slechts een onderdeel van een groter geheel: hoe is de verhouding tussen de lokale juridische concepten en de sociaaleconomische context daarvan, en hoe verhoudt zich dat tot andere rechtssystemen? En vergelijking hielp hem bij het exploreren en verklaren van die verhouding. "*I am interested, like most social anthropologists, in specifying the folk conceptions of particular people as clearly as I can and then trying to explain why they are as they are, and how they differ from folk conceptions of others, in terms of social and economic background*"²⁰⁵. Het ging hem om beschrijving én vergelijkende analyse dus, en om tot verklaringen voor de overeenkomsten en verschillen te kunnen komen. Bohannan daarentegen was primair geïnteresseerd in het beschrijven en doorgronden van de concepten van een vreemd rechtssysteem zelf, en veel minder in vergelijking. In de microwereld van het (semi)juridische begrippenkader van de Tiv, een Nigeriaanse stam waar hij zelf onderzoek naar had gedaan, lag volgens hem bovendien de hele rechtscultuur besloten²⁰⁶. En spreken over een rechtscultuur in termen uit een aan

²⁰⁴ *Ibid.*, 357.

²⁰⁵ *Ibid.*, 354.

²⁰⁶ Hierover met name zijn P. BOHANNAN, *Justice and Judgment Among the Tiv* (Prospect Heights: Waveland Press 1989) (eerste druk uit 1957). Sally Falk Moore schreef over het debat:

die cultuur vreemde (maar wel reeds bestaande) rechtstaal, zoals Gluckman deed, “*gives the illusion of getting somewhere*”²⁰⁷.

121. Maar als het erom gaat twee of meer systemen ten behoeve van een daadwerkelijke vergelijking aan elkaar te relateren, is er hoe dan ook een begrippenapparaat nodig dat het exclusief lokale overstijgt, in de vorm van een *tertium comparationis*²⁰⁸. Het lijkt me evident, zoals Bohannan sterk benadrukt, dat de antropoloog-etnograaf én de rechtsvergelijker vreemde juridische gegevens in eerste instantie moeten situeren in de unieke maatschappelijke context waarin die gegevens een plaats hebben. De beschrijving van het vreemde systeem moet zo optimaal als mogelijk recht doen aan de eigenheid ervan. Maar uiteindelijk kan het standpunt van Bohannan desondanks leiden tot de reductie van het recht en juridische processen tot slechts context. Je loopt dan het risico de notie verloren te laten gaan dat de ideeën die ten grondslag liggen aan het juridische bestel boven hun lokale herkomst kunnen uitstijgen en een verder reikende betekenis zouden kunnen hebben²⁰⁹. Het vrijwel exclusieve deelnemersperspectief dat Bohannan bepleit kan aanleiding geven tot een vorm van solipsisme die de vergelijking uiteindelijk ten zeerste bemoeilijkt. De vraag naar een adequaat vergelijkend begrippenkader dreigt dan zonder voorwerp te worden, en vergelijkende theorievorming wordt vrijwel onmogelijk. Als rechtsantropoloog en etnograaf lijkt Bohannan zich er niet ten volle van bewust dat voor een daadwerkelijke vergelijking tussen verschillende rechtssystemen, uiteindelijk een overkoepelend perspectief moet worden gehanteerd, althans een begrippenkader dat de te vergelijken rechtssystemen overstijgt én hanteerbaar is²¹⁰.

122. Welk standpunt we ook omarmen, dat van Gluckman of Bohannan, de rechtsvergelijker moet beseffen – en dit is een belangrijke beperking van ieder

“Gluckman sees the concepts and principles of law as *part* of legal systems, whereas Bohannan is most interested in studying the concepts *themselves*, because he considers them a reflection of the whole organization of the legal system.” S.F. MOORE, “Comparative Studies”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 343. Zie tevens Franz von Benda-Beckmann, “Anthropology and Comparative Law”, in K. von Benda-Beckmann en F. Strijbosch (eds.), *Anthropology of law in the Netherlands. Essays on legal pluralism* (Dordrecht: Foris Publications 1986), 90-109. Von Benda-Beckmann wijst erop dat in de rechtsantropologie systematische vergelijkingen zeldzaam zijn (ondanks dat vergelijking volgens hem wel een belangrijk doel van de rechtsantropologie zou moeten zijn).

²⁰⁷ P. BOHANNAN, “Etnography and Comparison in Legal Anthropology”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 402 (cursivering toegevoegd).

²⁰⁸ Zie reeds paragraaf III.C.

²⁰⁹ Vgl. J.M. DONOVAN, *Legal Anthropology* (Lanham: AltaMira Press 2008), 166.

²¹⁰ Zelf ontkende hij overigens dat hij een exclusief deelnemersperspectief bepleitte: “It seems to me that I did not say anything so absurd.” P. BOHANNAN, “Etnography and Comparison in Legal Anthropology”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 405. Zelf stelde hij voor om via de computertaal Fortran bevindingen te coderen, wat dan een zo neutraal als mogelijk vergelijkend begrippenkader zou opleveren. Dat lijkt me echter een optie die de begripelijkheid niet vanzelfsprekend ten goede komt.

vergelijkend onderzoeksproject – dat er geen descriptieve termen bestaan die geheel neutraal zijn en die niet het risico in zich dragen dat ze leiden tot vooringenomen stellingnames en tunnelvisie. De vraag is dus eerder of het gebruik van reeds bestaande terminologie al te verstorend werkt voor goede rechtsvergelijking. Ik denk dat dit niet noodzakelijk zo is. En laten we daarbij de praktische dimensie van het rechtsvergelijkend onderzoek ook in het oog houden. Gluckman zelf zegt het als volgt:

*“In a study of government one may use the word ‘legislature’ to cover British Parliament, American Congress, German Bundestag and Reichstag, French Chambre des Députés, Japanese Diet, all for purposes of general discussion in order to draw attention to similarity while insisting on difference. Some word is necessary for purposes of general discussion. In discussing several systems of law, therefore, one may speak of ownership, contract, property, succession, marriage, betrothal, judge, decision, all to draw attention to a core of similitude while defining differences”*²¹¹.

123. Dit maakt natuurlijk wel dat de onderzoeker heel bewust moet werken in wat eerder al een geest van voorwaardelijkheid werd genoemd: steeds dient hij er alert op te zijn normatieve precondities zoveel als mogelijk te vermijden, inclusief een bereidheid het initieel gehanteerde begrippenkader te vervangen door betere terminologie. En voor dit alles is vooral een permanente perspectiefwissel nodig, die zo eigen is aan ieder rechtsvergelijkend onderzoek. Je moet nu eenmaal beginnen met een tentatief en rechtssystemen overstijgend begrippenkader en een dito onderzoeksvraag, om vervolgens, via een algemeen beeld van de te onderzoeken situatie, de details van de in de vergelijking betrokken systemen zo goed als mogelijk in hun eigenheid te onderzoeken. Steeds moet de lens worden bijgesteld: van nabij naar veraf, van deelnemers-naar buitenstaandersperspectief, én *vice versa*. Als het goed is wordt juist daardoor de vergelijking gaandeweg het onderzoek steeds verfijnder (zelfs als je werkt, zoals Gluckman, met een reeds bestaand begrippenarsenaal). Het rechtsvergelijkende onderzoeksproces is aldus een komen en gaan van perspectieven.

B. BRONNEN VAN HET RECHT

124. Het begrip van recht dat de onderzoeker hanteert, is niet zomaar één vraag te midden andere methodische uitdagingen die tijdens het rechtsvergelijkend

²¹¹ M. GLUCKMAN, “Concepts in the Comparative Study of Tribal Law” in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, 364. En verder: “It must be a very blinkered mind that, when an anthropologist speaks of contract in an African tribe, immediately thinks of the English or French or Roman-Dutch or Roman contract. ‘Contract’ has a general meaning of enforceable agreement; and one can use it – and must use it – to discuss the different conditions, forms, incidents, and remedies for breach of contract in various social conditions” (ibid.).

onderzoek rijzen. Het legt namelijk ook veel bloot over wat recht volgens de betrokken onderzoeker is, doet of waartoe het dient. En het zegt ook veel over de rechtsbronnen die in dat licht als relevant worden begrepen. En dat kan dan weer een directe impact op de onderzoeksopzet hebben. Ook hier zijn er voldoende verschillen in smaak.

125. Aan de ene zijde van het continuüm zijn er diegenen die menen dat juristen zich bezig moeten houden met strikt juridische vragen over hoe het recht in verschillende rechtssystemen luidt. Dat is immers al heel wat. Aan de andere zijde zijn er diegenen voor wie dat niet kan volstaan, en die zelfs verklaringen voor de aangetroffen verschillen en overeenkomsten willen geven. Daartussen bestaan uiteraard gradaties en de onderzoeksvraag is bepalend voor waar men zich op het continuüm begeeft. Dit hangt uiteraard ook samen met een opvatting over waar rechtswetenschappelijk onderzoek toe dient, en welke mate van interdisciplinariteit men daarbij wil of moet betrachten²¹².

126. Het eerste type van onderzoek gaat in ieder geval uit van een voornamelijk formalistische opvatting van recht die als start- én als eindpunt van vergelijking wordt genomen. Het vereist dat we ons richten op datgene wat we als juristen vooral gewend zijn te doen (dat wil zeggen: het interpreteren van teksten), en de waarde van deze benadering kan erin gelegen zijn dat in kaart wordt gebracht wat de juridisch-doctrinaire constructies zijn waarmee in verschillende rechtssystemen bepaalde vraagstukken worden gereguleerd. Dergelijk onderzoek lijkt sterk op de wijze waarop juridisch-doctrinair onderzoek in het nationale recht wordt verricht en het reflecteert de wijze waarop de meeste juristen tijdens hun studie worden gevormd. Schoenmaker blijf bij je leest! Contextualisering van het recht is in principe minder aan de orde, en in die zin doet het geen bijzondere moeilijkheden rijzen voor juristen. Overigens, geen misverstand: dit werk kan intellectueel bijzonder uitdagend zijn.

127. Toch kan een al te formalistische benadering de rechtsvergelijker heel wat beperkingen opleggen²¹³. In de eerste plaats omdat je moet beseffen dat wat op de ene plaats gereguleerd is op basis van de formeel erkende rechtsbronnen, dat niet noodzakelijk op de andere plaats ook het geval is. Als je wetgeving met betrekking tot euthanaserend handelen in een groot aantal lidstaten van de Europese Unie wil onderzoeken, kan je in principe snel klaar zijn: alleen in België, Nederland en Luxemburg is er namelijk officiële wetgeving hierover. Deze wetten lijken bovendien sterk op elkaar. Toch bestaat er in heel wat andere landen regulering met betrekking tot medisch handelen bij het levenseinde, handelen dat erg veel lijkt op euthanaserend handelen in de zin dat het het levenseinde dichterbij kan brengen én veelal op verzoek van de patiënt zelf

²¹² Waarover in de volgende paragraaf meer.

²¹³ M. ADAMS en J. GRIFFITHS, "Against 'Comparative Method': Explaining Similarities and Differences", in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 290-293.

gebeurt: pijnbestrijding, afzien van medische behandeling, weigeren van behandelingen. Wie zicht wil krijgen op de regulering van euthanasie zal ook aan dergelijk medisch handelen aandacht moeten besteden, juist om tot een evenwichtig oordeel over euthanasierecht als zodanig te komen. Eerder bleek hiervoor een functionele vraagstelling, die als heuristisch uitgangspunt kan dienen, nuttig.

128. In de tweede plaats kunnen officiële rechtsbronnen uitdrukkelijk misleiden. Het voorbeeld dat ik eerder gaf over de regulering van financiële vergoeding voor verlies aan arbeid in Nederland, België en Italië sprak boekdelen²¹⁴. Een belangrijk deel van de compensatie voor verlies aan arbeid werd immers gekanaliseerd door middel van invaliditeitsuitkeringen. Je kunt alleen maar zinvol iets zeggen over de regulering van werkloosheid in Italië als je dit soort van informatie in je analyse betreft. Hier blijkt de frase van Zweigert bijzonder relevant: de vergelijker zal in zijn onderzoek alles moeten verdisconteren “*that shapes or helps to shape the law*”²¹⁵.

129. Bovendien worden in de derde plaats de gangbare formele rechtsbronnen, vooral wetgeving en rechtspraak, steeds voorafgegaan of omgeven door een grote hoeveelheid van wat je para-juridisch of juridisch relevant materiaal zou kunnen noemen: daaronder versta ik bronnen die weliswaar geen formele erkenning genieten, maar die desondanks een directe impact op de vormgeving en betekenis van het recht hebben (gehad). Ook hier geldt het zojuist aangehaalde gezegde door Zweigert. Opnieuw wat voorbeelden uit de context van de regulering van euthanasie. In België ging het dan om adviezen van de Raad van State en van het Federale Raadgevend Comité voor de Bio-ethiek, over de parlementaire stukken in verband met de totstandkoming van de euthanasiewet, de jaarverslagen van de Federale Controle- en Evaluatiecommissie, de zogenaamde Code van Medische Plichtenleer van de Orde van Geneesheren – de overkoepelende beroepsorganisatie van medische beroepsbeoefenaren in België²¹⁶ –, waarin veel van de medische deontologie staat opgenomen, enz. Allemaal bronnen die in de praktijk relevant zijn voor de interpretatie en implementatie van de Euthanasiewet of het recht met betrekking tot het levenseinde, bronnen die als gevolg daarvan het gedrag van artsen en patiënten sturen. En als je dan met Nederland vergelijkt: daar zijn bijvoorbeeld de sinds enige tijd gepubliceerde beslissingen van de regionale toetsingscommissies uitermate belangrijk om te

²¹⁴ Zie de randnummers 23-24.

²¹⁵ K. ZWIGERT, “Zur Methode der Rechtsvergleichung”, 13 *Studium Generale* 1961, 196 (aangehaald door S. VOGENAUER, “Sources of Law and Legal Method”, in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 879). Zweigert doelt met *law* op formeel geldend recht. Zie tevens de eerder in de randnummers 38-39 besproken bronnenleer van Sacco.

²¹⁶ Waar praktiserende artsen verplicht lid van zijn.

begrijpen wat de betekenis is van het recht²¹⁷. Of neem het beleid zoals dat wordt gevoerd door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, of de beleidsbeslissingen van het Openbaar Ministerie, of de gezaghebbende rapporten van staatscommissies of de KNMG (Koninklijke Nederlandse Maatschappij der Geneeskunde). Inmiddels is onder artsen een praktijk ontwikkeld van wat medisch aanvaardbaar handelen is in de context van euthanasie²¹⁸. De wet zelf zegt er weinig tot niets over, maar de protocollen en standpunten van beroepsorganisaties zijn natuurlijk wel degelijk juridisch betekenisvol: de toetsingscommissies euthanasie varen erop (en vormen daardoor weer eigen standpunten en ‘rechtspraak’), en dat zal de rechter uiteraard ook doen voor zover nodig. Ook hier lijken niet-formeel erkende rechtsbronnen dus zeer bepalend voor het begrip van wat in de context van levensbeëindiging als verantwoord medisch handelen kan doorgaan. Voor de vergelijking is het allemaal hoogst relevant.

130. In de vierde plaats: soms is het van belang tevens de sociale normen te bestuderen van de groepen die met de te vergelijken regels omgaan. Het medische domein is opnieuw illustratief. Zo kent het Franse recht een absoluut verbod op actieve levensbeëindiging van pasgeborenen, maar desondanks bestaat er onder (sommige) artsen een sociale praktijk die tot resultaat heeft dat dergelijke levensbeëindiging veel vaker voorkomt dan je op basis van het verbod zou verwachten. Veel vaker zelfs dan in Nederland, waar deze praktijk juridisch geaccepteerd is via convenanten en professionele protocollen, en waar bij de besluitvorming de betrokkenheid van de ouders een absolute vereiste is. Die betrokkenheid is overigens niet alleen bij de actieve levensbeëindiging van neonaten een vereiste, maar ook bij beslissingen om behandeling te staken. Onderzoek heeft laten zien dat in Nederland de regels hierover eigenlijk steeds gevolgd worden, terwijl in Frankrijk de betrokkenheid van de ouders nu juist zeldzaam is²¹⁹. En zo heeft Graciela Nowenstein laten zien dat het succes van de Spaanse ‘*presumed consent*’-regeling van orgaantransplantatie, en het mislukken van een gelijksoortige regeling in Frankrijk, het gevolg was van fundamenteel verschillende sociale normen in de beroepsgroepen, vooral voor wat betreft de wijze waarop met de familie van een hersendode patiënt moet worden omgegaan²²⁰. Kort gezegd, rechtsvergelijking impliceert hier dat men niet alleen

²¹⁷ Kennisname daarvan kan vooral via de website van de gezamenlijke regionale toetsingscommissies, in de onderdelen ‘Jaarverslag’, ‘Oordelen’ en ‘Uitspraken uitleg’. Zie: <https://www.euthanasiecommissie.nl/>. Helaas ontbreekt voor België een verslagsysteem op niveau van individuele casus.

²¹⁸ Dus bijvoorbeeld ook over de juiste hoeveelheid euthanatica, over de relatie tussen arts en patiënt, over hoe te handelen in het geval van patiënten met een psychiatrische aandoening.

²¹⁹ Zie A. PAILLET, *Sauver la vie, donner la mort. Une sociologie de l'éthique en réanimation neonatal* (Paris: La Dispute 2007), 285 p. en S. MORATTI, *Medical Futility in Dutch Neonatology* (Groningen: dissertation 2009), 202 p. Tevens J. GRIFFITHS, M. ADAMS en H. WEYERS, *Euthanasia and Law in Europe*, 246-249.

²²⁰ Zie G. NOWENSTEIN, *The Generosity of the Dead* (London: Routledge 2010), 202 p.

juridisch erkende regulering in kaart brengt en bij de vergelijking betreft, maar ook de toepasselijke professionele normen (zelfs als die *contra legem* blijken, maar door de beroepsgroep worden geaccepteerd).

131. Ten slotte, en in de vijfde plaats, zal niet overal de bronnenleer min of meer gelijksoortig zijn²²¹. Dit laatste aspect zal bijvoorbeeld van belang zijn wanneer tussen westers en niet-westers recht wordt vergeleken. Wie Europees met Afrikaans familierecht vergelijkt, bijvoorbeeld op het terrein van het huwelijk, zal te maken krijgen met zowel officiële rechtsbronnen (althans statelijk recht), lokaal sterk verankerd gewoonterecht, en eventueel Islamitische rechtsbronnen²²². Alle kunnen al dan niet formeel bindend zijn, maar ze zijn hoe dan ook relevant voor de vergelijking. Het mag duidelijk zijn dat dergelijke vergelijkingen een stevige uitdaging vormen, ook voor wat betreft interdisciplinaire aanpak. Dat inzicht brengt ons bij het laatste inhoudelijke onderdeel van dit artikel.

C. VERSCHIJNINGSVORMEN VAN INTERDISCIPLINARITEIT

132. In zekere zin is de rechtswetenschap natuurlijk nooit een volledig autonome discipline geweest. Het reguleren van een sociale orde door middel van een veelheid te interpreteren gezaghebbende teksten gaat steeds, hoewel vaak onbewust, door de sluis van andere disciplines²²³. “*Legal interpretation (...) brings into play the lawyers’ conceptions and ideologies of social reality*”, zegt Kathleen Sullivan²²⁴. Juridische interpretatie impliceert het maken van keuzes, en dat gebeurt op basis van vooronderstellingen die steunen op een meer specifiek mens- en maatschappijbeeld, en met name op wat in het licht daarvan behoort en wenselijk is. Recht is juist daarom geen autonome discipline²²⁵, en vergelijkend onderzoek brengt dat inzicht bij uitstek aan de oppervlakte: als twee ogenschijnlijk identieke regelingen in verschillende rechtsstelsels een geheel

²²¹ Aldus ook S. VOGENAUER, “Sources of Law and Legal Method”, in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 869-898; J.C. REITZ, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998, 628.

²²² M. VAN HOECKE, “Family Law Transfers from Europe to Africa: Lessons for the Methodology of Comparative Legal Research”, in J. Gillespie en P. Nicholson (eds.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers* (Cambridge: Cambridge University Press 2012), 273-295. En dan kunnen er lokaal ook nog verschillen in rechtsbronnenopvattingen bestaan.

²²³ Dat geldt trouwens niet alleen voor rechtswetenschappers, maar ook voor diegenen die in de praktijk staan.

²²⁴ K.M. SULLIVAN, “Foreword: Interdisciplinarity,” 100 *Michigan Law Review* 2002, 1220–1221.

²²⁵ Hoewel het desondanks eigen disciplinaire kenmerken heeft. De zojuist geciteerde Kathleen Sullivan voegt aan het door haar verwoorde inzicht betekenisvol toe dat dit het recht geenszins minder een eigen discipline maakt: “If you have any doubt that legal method is distinctive, try reading a non-lawyer’s attempt to state the holding of a judicial opinion.” *Ibid.*, 1219.

andere betekenis hebben, dan nodigt dat uit die verschillen te verklaren op basis van andere dan strikt juridische argumenten²²⁶.

133. Interdisciplinariteit komt dan al snel in beeld, en een onderscheid dat je in de context van rechtswetenschappelijk onderzoek zou kunnen maken, is dat tussen die disciplines die nauw aansluiten bij de traditionele juridische onderzoeksmethoden enerzijds, en die disciplines die eerder vanuit een extern perspectief naar het recht kijken anderzijds. Wat daarmee op het spel staat, zeker ook voor rechtsvergelijkend onderzoek, “*is the possible replacement or supplementation of legal, historical and philosophical scholarship with concepts and methods taken, for example, from economics, political science, sociology, or anthropology*”²²⁷. Het gaat dus om de verschuiving van meer interpretatieve en eventueel kwalitatieve benaderingen van onderzoek, waar juristen zich al snel bij thuis voelen en waar de zojuist aangehaalde Sullivan aan refereert, naar de meer empirische of kwantitatieve ‘externe’ onderzoeksmethoden die steeds vaker worden bepleit.²²⁸

134. Met die laatste methoden zijn juristen veelal niet vertrouwd. Daarom is het belangrijk je uitdrukkelijk bewust te zijn van hoe je onderzoekambities zich verhouden tot je persoonlijke disciplinaire onderzoeksmogelijkheden. In het licht daarvan is het de moeite waard om de combinaties die mogelijk zijn in kaart te brengen. De collega’s Bart van Klink en Sanne Taekema hebben een behulpzame ordening gemaakt van vier typen van interdisciplinariteit, gebaseerd op de betrokkenheid van de niet-juridische discipline tijdens het onderzoek, aan de hand waarvan ik mijn benadering van interdisciplinariteit in de rechtsvergelijking in perspectief kan plaatsen²²⁹.

²²⁶ Karl Renner wees daar al prominent op. Zie zijn *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (Tübingen: J.C.B. Mohr Verlag 1929), 181 p. Zie het voorbeeld in paragraaf III.F.

²²⁷ D. NELKEN, “Comparative Law and Comparative Legal Studies”, in E. Örüçü en D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford: Hart Publishing 2007), 16.

²²⁸ Over dergelijke externe methoden in de rechtsvergelijking, zie bijvoorbeeld A. MEUWESE en M. VERSTEEG, “Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law”, in M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 230-257 en F. PARESI en B. LUPPI, “Quantitative Methods in Comparative Law”, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar 2012), 306-316.

²²⁹ B.M.J. VAN KLINK en H.S. TAEKEMA, “Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap”, *Nederlands Juristenblad* 2009, 2559-2566. Tevens verschenen als: “On the Border: Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research”, in B.M.J. VAN KLINK en H.S. TAEKEMA (eds.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law* (Tübingen: Mohr Siebeck 2011), 7-32. In gelijkaardige zin eerder reeds M. VAN HOECKE en F. OST, “Epistemological Perspectives in Legal Theory”, 6 *Ratio Juris* 1993, 43-44. Tevens M. SIEMS, “The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way Out of the Desert”, 7 *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 2009, 5-17. Over de ordening door Van Klink en Taekema, maar dan in de context van de rechtsvergelijking, zie eerder: M. ADAMS, “Doing What Doesn’t Come Naturally: On the Distinctiveness of Comparative Law”, in M. Van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research* (Oxford: Hart Publishing 2011), 237-239.

135. Daarbij alvast deze kwalificatie: vaak kan één en dezelfde onderzoeksvraag een antwoord krijgen door zowel interpretatieve benaderingen en methoden, als door wat we zojuist meer externe methoden hebben genoemd. Het eerder besproken onderzoek door Lasser was wat dit aangaat illustratief: hoewel voor zijn doelstellingen zijn interpretatieve benadering cruciaal lijkt, had hij ook met andere – meer externe – methoden onderzoek naar de relatie tussen rechterlijke transparantie en legitimiteit kunnen verrichten. Zo had hij enquêtes onder de justitiabelen kunnen verrichten, of reeksen van rechtspraak kunnen kwantificeren (hoewel de antwoorden die dan worden gegenereerd van een andere orde zijn dan op basis van de methode die Lasser zelf heeft gehanteerd). Dergelijke benaderingen doen dan voor de jurist wel heel wat uitdagingen rijzen, omdat die zoals gezegd met die methoden veelal niet vertrouwd is.

136. Wat de typologie door Van Klink en Taekema betreft: in het eerste type van interdisciplinair onderzoek wordt de niet-juridische discipline vooral heuristisch ingezet, en kan die als – vaak willekeurige of eclectische – inspiratiebron nuttig zijn. De andere dan juridische discipline heeft in de onderzoeksopzet echter nauwelijks zelfstandige toegevoegde waarde, en is dus ook niet noodzakelijk om de onderzoeksvraag te beantwoorden. De probleemomschrijving en onderzoeksvraag worden vanuit een strikt juridisch perspectief gedefinieerd (met een focus op rechtsregels en instituties), en de dominante methode is interpretatief. In heel wat dogmatisch onderzoek lijkt een dergelijke aanpak aanwezig, en kennis uit andere disciplines wordt dan gehanteerd om de meestal actuele maatschappelijke relevantie van het onderzoek te illustreren²³⁰. Met dat laatste zit veel van dergelijk onderzoek stevig in een functionele onderzoeksvraag verrat, die immers tevens vanuit een (vermeend) maatschappelijk probleem start.

137. In het tweede type van interdisciplinariteit wordt de andere discipline niet slechts als inspiratiebron ingezet, maar ook meer constructief. Opnieuw worden de probleemomschrijving en onderzoeksvraag vanuit een juridisch perspectief opgesteld – het juridische perspectief is met andere woorden nog steeds dominant –, maar de andere discipline is noodzakelijk om de onderzoeksvraag te beantwoorden. Doelstelling is echter niet om (kennis uit of over) de andere dan de juridische discipline verder te ontwikkelen (hoewel het prettige bijvangst kan zijn), en de benadering is in hoofdzaak interpretatief. Overigens betekent dit niet noodzakelijk dat de onderzoeker het niet-juridische onderzoek zelf moet verrichten; soms kan je immers voortbouwen op bestaand niet-juridisch onderzoek. Minstens zal je het onderzoek waar je op steunt zelf moeten kunnen beoordelen. Ook zal je moeten weten op welke wijze het in je eigen onderzoeksopzet kan worden ingezet.

138. Het eerder aangehaalde werk inzake de regulering van het levenseinde kan hier als voorbeeld dienen. In belangrijke delen daarvan lag de nadruk op wat de regels met betrekking tot het levenseinde waren, maar om iets te zeggen over de

²³⁰ Ik heb zelf daarom aarzelingen om dergelijk onderzoek als interdisciplinair te duiden.

werking ervan kon worden gesteund op veelvuldig onderzoek hiernaar door sociale wetenschappers in vooral België en Nederland: naar de medische praktijk, de wijze waarop het publieke debat zich heeft ontplooid, de mening van de medische beroepsgroep, enz.²³¹. De confrontatie tussen beide landen liet dan toe conclusies te trekken die verder reiken dan iedere jurisdictie op zichzelf genomen. Een ander interessant voorbeeld, waarbij gebruik wordt gemaakt van reeds bestaande inzichten uit vooral de politicologie, betreft het onderzoek door Hanna Lerner over *constitution making* in samenlevingen die ernstig verdeeld zijn over de gezamenlijke waarden en doelstellingen die aan de (inrichting van de) staat ten grondslag liggen²³². Hoe kan een dergelijke samenleving toch tot een democratische grondwet komen? Haar pleidooi voor een incrementele benadering van *constitution making* steunt – bouwt voort – op reeds bestaande politicologische kennis over processen van politieke en maatschappelijke *consensus building*, maar de benadering is vooral interpretatief en de kennisontwikkeling vooral constitutioneel relevant.

139. Het derde type van onderzoek kan eerder multidisciplinair worden genoemd. Twee of meer disciplines, inclusief de juridische, vervullen namelijk een gelijkwaardige rol in de onderzoeksofzet. Ieder van de disciplines voorziet in een omschrijving van het te onderzoeken onderwerp. De transfer van kennis is daardoor niet alleen gericht op het verder ontwikkelen van kennis over het recht, maar beide betrokken disciplines zijn zowel bron als doel van onderzoek. Het type van vragen dat hier bijvoorbeeld kan worden gesteld is: wat voor verschil maakt een regel in de sociale interactie? En indien een regel verschil maakt, hoe komt dat zo en hoe toont het zich? Vergelijking is voor beantwoording van dergelijke vragen zeer geschikt, en stevige kennis van al de bij het onderzoek betrokken disciplines is vereist. Een voorbeeld betreft onderzoek door Mila Versteeg: waar de eerder genoemde Lerner vooral interpretatief werkt (maar kwantitatief onderzoek betreft), wordt in onderzoek door Versteeg over het ontstaan, de evolutie en het effect van constituties wereldwijd, uitdrukkelijk kwantitatieve analyse gehanteerd²³³. Die benadering vereist zowel juridische kennis als de kwaliteit om *zelf* het empirisch onderzoek te verrichten. De kennisontwikkeling bij het onderzoek door Versteeg is zowel juridisch als politicologisch relevant.

²³¹ Zie met name deel III van *Euthanasia and Law in Europe* (Oxford: Hart Publishing 2008) (met een toelichting op 347-348).

²³² H. LERNER, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies* (Cambridge: Cambridge University Press 2011).

²³³ Zie bijvoorbeeld M. VERSTEEG en A. CHILTON, “Do Constitutional Rights Make a Difference?”, 60 *American Journal of Political Science* 2016, 575-589; M. VERSTEEG en T. GINSBURG, “Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators”, 42 *Law & Social Inquiry* 2016, 100-137 en M. VERSTEEG en T. GINSBURG, “Constitutional Correlates of the Rule of Law”, in M. Adams, A. Meuwese en E.M.H. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (Cambridge: Cambridge University Press 2017), 506-525.

140. Het vierde type van interdisciplinariteit omvat een volledige integratie van twee of meer onderzoeksperspectieven, en start met een geïntegreerde onderzoeksvraag en dito perspectieven. Het juridische perspectief is meestal maar één variabele benadering te midden van vele andere relevante perspectieven en benaderingen. Onderzoek in deze categorie zou in het beste geval leiden tot inzichten en conclusies die gerechtvaardigd kunnen worden vanuit het perspectief van alle bij het onderzoek betrokken disciplines. Soms leidt een geïntegreerde benadering zelfs tot een nieuwe discipline (zoals bijvoorbeeld de psychologie ooit als afsplitsing van de filosofie is begonnen).

141. De typologie door Van Klink en Taekema is niet statisch, maar dynamisch. Dat maakt dat die in de praktijk van het onderzoek niet steeds herkenbaar is: soms past onderzoek niet helemaal in één van de vier geïdentificeerde typen, of is er sprake van een geschakeerde combinatie. Dat neemt niet weg dat de typologie als referentiekader kan dienen voor het situeren van de eigen benadering. Voor de *individuele jurist-onderzoeker* bepleit ik om pragmatische redenen een milde variant van interdisciplinariteit, eigenlijk vooral om te verhoeden dat die onderzoeker al te zeer een '*Jack of all trades and a master of none*' wordt²³⁴. Deze benadering lijkt sterk op de tweede variant hierboven vermeld, en kan ook dienstbaar zijn aan verklarende vragen. Andere disciplines dan de juridische worden dan vooral ondersteunend gebruikt. Daarmee bedoel ik dat je het niet-juridische onderzoek dat nodig is om je onderzoeksvraag te beantwoorden niet noodzakelijk zelf moet uitvoeren; vaak kan je steunen op onderzoek dat bijvoorbeeld reeds door politicologen, economen, sociologen is verricht. De interpretatieve benadering die eigen is aan juridisch onderzoek blijft daarbij dus voorop staan, maar reeds bestaande niet-juridische kennis die nodig is om het buitenlandse recht te interpreteren of de verschijningsvorm ervan te verklaren kan dan worden gebruikt. In elk geval staat bij de 'juridische' benadering die ik in dit artikel heb verdedigd²³⁵ het verder ontwikkelen van de andere dan juridische disciplines niet als primair doel centraal. Zoals gezegd kan het wel nuttige bijvangst zijn. Voor de meer intensieve vormen van interdisciplinair onderzoek is groepswork meestal de meer realistische optie. Ook daar is overigens grote behoefte aan: onderzoek met betrekking tot klimaat, voedsel, criminaliteit, mobiliteit, energie, water, gezondheid en migratie, weet zich immers niet gebonden aan traditionele disciplinaire grenzen (en ook niet aan staatsgrenzen).

142. Inzicht in de verhouding tussen onderzoekambities en persoonlijke disciplinaire onderzoeksmogelijkheden is in ieder geval cruciaal bij de keuze van onderzoeksonderwerp en methodische aanpak: hoe intensiever immers de betrokkenheid van de niet-juridische en vooral externe disciplines, in het

²³⁴ Ik heb dit gezegd in de context van de interdisciplinaire onderzoekspraktijk ook al eens horen bezigen door collega Ton Wilthagen van de Universiteit van Tilburg. Groepswork is meestal de meer realistische optie in het geval van intensieve vormen van interdisciplinair onderzoek.

²³⁵ Zie eerder de paragrafen I en II.

bijzonder niet-interpretatieve disciplines, hoe meer uitdagingen er potentieel zijn voor de rechtswetenschapper. Niet alleen wat betreft het integreren van de verschillende benaderingen (de methodische uitdagingen die iedere discipline voor zich kent zullen worden opgestapeld, en de onderzoeker zal die minstens moeten herkennen), maar ook in termen van kennis en kunde (de onderzoeker moet niet alleen bedreven zijn in het kunnen hanteren van kennis uit de andere disciplines, maar misschien ook in staat zijn het niet-juridische onderzoek zelf te verrichten).

V. TOT BESLUIT

143. Dé uitdaging van rechtsvergelijkend onderzoek is dat de onderzoeker een omgang met het vreemde moet vinden. Dat dient op een wijze te gebeuren die begrijpelijk is voor zowel diegenen die binnen, als diegenen die buiten de te vergelijken rechtssystemen staan, én die bovendien meer inhoudt dan het louter in kaart brengen van verschillen en overeenkomsten tussen rechtssystemen. In dit artikel heb ik de stappen gepresenteerd die meestal worden gezet om dergelijke daadwerkelijke rechtsvergelijking te verrichten. Naar aanleiding daarvan heb ik tevens een aantal van de uitdagingen die zich daarbij kunnen aandienen geïdentificeerd en besproken. Die kunnen significant zijn, en ze kunnen de jurist tot buiten de grenzen van zijn discipline voeren. Hoe ver daarbij te gaan is uiteraard afhankelijk van de doelstelling(en) van het onderzoek en wat de onderzoeker vermag. In ieder geval moet die zich steeds bewust zijn van de mogelijkheden en beperkingen van een concreet onderzoeksproject, en zich daar ook uitdrukkelijk rekenschap van geven. Door op gestructureerde wijze na te denken over onderzoeksopzet, met welk ambitieniveau en welke doelstellingen dan ook, kan dergelijk onderzoek beter uit de verf komen.